

**ANÁLISIS A LA LEY 1306 DE 2009 EN CUANTO A LA PROTECCIÓN
EFECTIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COGNITIVA EN MATERIA
LABORAL**

|

**Estudiantes Investigadores
JOSÉ LORENZO ORCASITAS
MARIO ANDRÉS RODRÍGUEZ TOVAR
GRACE MARCELA SERRATO SALAZAR**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
Chía, Cundinamarca
2010**

**ANÁLISIS A LA LEY 1309 DE 2009 EN CUANTO A LA PROTECCIÓN
EFECTIVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD COGNITIVA EN MATERIA
LABORAL**

**Estudiantes Investigadores
JOSÉ LORENZO ORCASITAS
MARIO ANDRÉS RODRÍGUEZ TOVAR
GRACE MARCELA SERRATO SALAZAR**

**Asesor del Trabajo de Grado
MAURICIO BAQUERO MOGOLLÓN**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
Chía, Cundinamarca
2010**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
OBJETIVOS	4
OBJETIVO GENERAL	4
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	4
1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA	5
1.1 CONCEPTO DE PERSONA Y DIGNIDAD	5
1.1.1 Persona y la Dignidad para la Constitución de 1991	12
1.1.1.1 Persona y Dignidad en la Jurisprudencia Colombiana.....	18
1.1.2 Concepto de Persona para el Derecho Civil.....	21
1.1.3 Concepto de Persona para el Trabajo	24
2. EL TRABAJO	27
2.1 CONCEPTO DE TRABAJO.....	27
2.2 PERSONA Y TRABAJO	30
2.3 TRABAJO Y DIGNIDAD HUMANA.....	35
2.4 EQUIVOCACIONES ONTOLÓGICAS SOBRE EL TRABAJO	37
3. DISCAPACIDAD COGNITIVA	42
3.1 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	42
3.2 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD COGNITIVA.....	44
3.2.1 Causas de la Discapacidad Cognitiva	45
3.2.2 Manifestaciones de la Discapacidad Cognitiva.....	46
3.2.3 Algunas Discapacidades Mentales	48
3.2.3.1 Autismo	48
3.2.3.2 Síndrome de Down.	50
3.2.3.3 Síndrome de Asperger.	52
3.2.3.4 Retraso Mental.....	54
3.3 DISCAPACIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.....	59

3.3.1	Derecho al Trabajo	62
4.	LEY 1306 DE 2009	65
4.1	SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DISCAPACITADOS EN COLOMBIA	65
4.2	ANTECEDENTES	73
4.2.1	Normativos.....	74
4.2.2	Tratados y Convenios Internacionales.....	77
4.2.3	Jurisprudencia.....	79
4.3	TRAMITE EN EL CONGRESO DE LA LEY 1309 DE 2009.....	83
4.2.1	De las Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley.....	86
4.4	ANÁLISIS CONCRETO AL PROYECTO DE LEY.....	87
4.5	ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA LEY 1306 DE 2009	99
4.6	DE LAS NECESIDADES DE LA LEGISLACIÓN LABORAL PARA LOS DISCAPACITADOS MENTALES.....	110
	CONCLUSIONES	122
	BIBLIOGRAFÍA	127

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Responsabilidad en la Integración Laboral	113
Tabla 2 Beneficios a Empleadores de Discapacitados	116

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. La discapacidad en Colombia.....	65
Figura 2. La discapacidad en el mundo	66

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se refiere al tema de la protección laboral de las personas con discapacidad mental o cognitiva, orientado desde el concepto de dignidad humana y Estado Social de Derecho al conjunto de normas que buscan integrar a los discapacitados mentales o cognitivos a la sociedad laboral y productiva a cambio de una retribución social y económica. Es así como en nuestro país tanto la Iglesia Católica, como el mismo Congreso a través de la presentación de Proyectos de Ley ha pretendido aplicar los principios fundamentales de la Constitución Política, como lo son la igualdad y el derecho al trabajo.

La característica principal de esta investigación tiene como punto de partida el trabajo desarrollado por el Congreso de la República a través de la expedición de la Ley 1306 de 2009, con el cual se busca la protección de los discapacitados mentales y establecer un Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados, por lo que a nuestro parecer era necesario diferenciar estos dos temas y aplicarlo a la integración laboral de los individuos con limitaciones mentales.

Para el desarrollo de este análisis es pertinente partir de las causas que llevaron a la expedición de normas proteccionistas como estas, teniendo en cuenta que en Colombia son escasas las normas que realmente garantizan la efectiva protección a las personas con discapacidad en general y aún más las discapacitadas mentales. Muchas de éstas sólo son una muestra de esfuerzos y elementos aislados, legislativos y judiciales, pero no una política única integral y sólida del tema del discapacitado.

La investigación de esta problemática se realizó por el interés de FIDES en realizar un estudio profundo desde la conceptualización de los términos “persona, dignidad humana y trabajo”, para entender la situación y necesidad real de las personas discapacitadas mentalmente y su derecho a trabajar y dar un paso atrás a su discriminación, desigualdad y exclusión.

No sólo se debe garantizar a los discapacitados un desarrollo parcial y limitado en la sociedad, sino que todas las normas y regulaciones deben estar encaminadas al verdadero proceso de integrar a la persona a la comunidad.

Este trabajo investigativo resulta importante y necesario porque actualmente los discapacitados mentales en Colombia son un gran número de personas consideradas como individuos incapaces de manejarse o hacerse entender, que no pueden aportar ninguna labor que contribuya al buen funcionamiento del orden social de un país. En algunas ocasiones han sido consideradas como no aptos de pensamiento y menos aún de desempeño laboral; lo cual ha generado que estas personas no tengan ninguna otra protección que la de sus padres o familiares, quiénes deben garantizar grandes recursos para el sostenimiento de las personas discapacitadas mentalmente a su cargo, considerando que es cierto que estas personas necesitan mayor protección.

Razón por la cual, el interés de este trabajo además del profesional, resulta también altamente social, que parte de nuestros conocimientos jurídicos para desarrollar temas que brinden una protección más allá de limitarse a garantizarles un adulto o un representante que les permita expresarse o transmitir sus deseos a los otros, desconociéndose así su inherente dignidad humana y el derecho a ser una persona con posibilidades semejantes a los demás.

En el marco de la dignidad humana, la investigación como se dijo anteriormente tuvo como punto partida la Ley 1306 de 2009, la postura filosófica y religiosa sobre

el concepto de persona y de dignidad humana, el desarrollo jurídico de otros países y la realidad económica social de Colombia.

Así las cosas, se busca con esta investigación analizar y si es pertinente replantear las posturas asumidas en la normatividad enfocada en la socialización plena de las personas con limitaciones mentales, en especial en la oportunidad que la ley debería ofrecer para permitirles el acceso a un trabajo digno y justo que corresponda a sus aptitudes y sea consciente de sus limitaciones. De manera indirecta se esta contribuyendo con esta investigación a crear normas eficaces que realmente protejan al discapacitado.

Como se mencionó, el trabajo se funda desde el análisis general del concepto de persona, trabajo y dignidad, relacionando cada uno de estos con el discapacitado, para así al final poder proponer soluciones basadas en principios que respondieran a la verdadera esencia de la persona humana.

Sin embargo, no podemos desconocer que Colombia enfrenta una crisis laboral y económica, que limita las posibilidades de desarrollar políticas proteccionistas como las que necesitan las personas con discapacidad mental o cognitiva, no obstante, sin perder de vista la estructura y desarrollo del trabajo plantearemos que a través de incentivos gubernamentales a las empresas es posible reglamentar de forma efectiva el trabajo de estas personas, garantizando el reconocimiento social, político y moral de la dignidad de la persona humana y el valor del trabajo que este desempeña a la sociedad.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Contribuir a la creación de una política eficaz y efectiva que promueva la protección de los discapacitados de carácter cognitivo, en la medida en que se procure un análisis completo desde el punto de vista conceptual de la persona, dignidad humana, derecho al trabajo y su directa relación con el tipo de discapacidad padecido, con miras al fortalecimiento del sistema normativo y judicial colombiano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Dilucidar, conceptualizar y analizar las nociones de persona, dignidad humana y trabajo y su relación con la discapacidad cognitiva y mental.
- Reconocer dentro del análisis el valor intrínseco de la dignidad e importancia del trabajo dentro del desarrollo social y familiar del discapacitado mental.
- Dar a conocer la situación normativa de los discapacitados cognitivos en Colombia, para así entender la necesidad de crear una norma especial que proteja su situación.
- Analizar la Ley 1306 de 2009 respecto a la protección del discapacitado mental en materia laboral, junto con los principios y derechos básicos que se incluyen en este.

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

1.1 CONCEPTO DE PERSONA Y DIGNIDAD

En la actualidad, la dignidad humana ha sido utilizada como fundamento de posturas confusas que consideran que toda persona por el simple hecho de ser digna debe tener calidad de vida material, física, económica y biológica; dándole así una apariencia de término equívoco, que permite utilizarla según la propia comodidad o interés particular.

Por esta razón se considera necesario realizar una reflexión en torno a la dignidad y lo que significa ser persona.

La palabra dignidad, viene del latín “dignitates”, el cual es uno de los axiomas griegos. Los axiomas son aquellos puntos de partida absolutos, innegables, indudables, a los que es necesario retrotraerse para cimentar cualquier conocimiento; por eso, el concepto de dignidad incluye una referencia a lo absoluto¹.

La dignidad de la persona humana, radica en el hecho del ser, pues en la persona, su carácter singular, irreplicable, incomunicable, espiritual y trascendente se traduce en merecimiento ontológico de carácter absoluto, por la perfección intrínseca que le permite a la persona actuar de acuerdo con unos fines inscritos en la propia naturaleza humana.

Dado que la dignidad es inherente a la persona, es preciso establecer cuál es el concepto de persona humana y su origen etimológico.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española 22 ed. En: <http://www.rae.es/>. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2008.

La palabra persona tiene tres posibles orígenes²:

- Persona es palabra latina cuyo equivalente griego es prósopon "máscara" del actor en el teatro griego clásico. Por tanto, persona equivaldría a "personaje".
- Otra etimología deriva "persona" de persono, infinitivo personare, con el significado de "hacer resonar la voz" como lo hacía el actor a través de la máscara. Sus equivalentes en etrusco, persa y sánscrito, hacen pensar en una común raíz indoeuropea.
- Otros hablan de un sentido jurídico, "sujeto legal", que habría sido el más influyente a través de su uso teológico y filosófico.

Como es evidente, la palabra y el concepto de persona se han utilizado desde la antigüedad por lo que al igual que su origen etimológico, no existe una sola definición exacta y aceptada para significar lo que es la persona realmente. Por lo que es necesario exponer algunas de estas definiciones.

Boecio es uno de los autores más influyentes en la noción de persona. Para él "Persona es naturae rationalis individua substantia"³, es decir aquella sustancia racional individual propia de su naturaleza.

Luego Santo Tomás asume la definición propuesta por Boecio, ahondando en su significado y matizándolo: "(...) se dice de la persona que es sustancia individual con el fin de designar lo singular en el género de la sustancia, y se agrega que es

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua española 22 ed. En: <http://www.rae.es/>. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2008.

³ HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Ideas Políticas en la Historia, Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 31.

de naturaleza racional para mostrar que se trata de una substancia individual del orden de las substancias racionales".⁴

Guillermo de Occam, por otro lado, insiste en el aspecto racional, intelectualizando la definición y afirmando también la independencia como un rasgo esencial. Para él la persona es una "substancia intelectual completa que no depende de otro supuesto"⁵. Las dos notas clave de la noción de persona en esta línea de pensamiento son individuación (unidad del yo personal) y relacionalidad.

Ahora bien, como aspecto común de las definiciones expuestas aquí, es la naturaleza o esencia que hace que la persona sea ésta y no otra cosa. Este fundamento común entre estos filósofos, conocido como principio de identidad, es el que plantea que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, es decir, no se puede ser algo y a su vez, lo contrario simultáneamente. Por lo que se puede afirmar que el principio de identidad es absoluto, así como la naturaleza humana.

La naturaleza humana es entendida como la "esencia del hombre como principio de operación"⁶, entendiendo principio como aquel punto de partida desde el cual el ente es, se hace o se conoce.

Debido a esta esencia humana como principio de operación, es que el valor o dignidad del hombre se confunde con ella. La dignidad es inherente a la persona, se confunde con el mismo ser, y por tanto, es indispensable para conocer los derechos fundamentales.

Volviendo a la dignidad, se debe comprender que ésta no es más que aquel status ontológico que posee la persona humana, el cual lo hace diferente y superior al

⁴ Ibíd., Págs. 42-43.

⁵ Ibíd., Pág. 50.

⁶ ARISTÓTELES, La Política. Madrid: Editorial Espasa Calpe. 1978. Pág. 123.

resto de entes del universo, sin limitarse a la razón, la voluntad, los sentidos o las relaciones humanas; es un intangible que hace superior y especial a la persona.

El profesor Javier Hervada define la dignidad humana como aquella “eminencia del ser, que por su alta participación en el ser, exige al ser, ordenar su ser en el mundo del deber ser”⁷, lo cual puede ser explicado como que la dignidad humana es aquel status ontológico o aquella eminencia que posee la persona y que participa en ella, que le exige que todos sus actos se encuentren encaminados hacia su bienestar, el cual solo se consigue respetando su propia naturaleza⁸.

Consecuentemente con lo anterior, para Ilva Myriam Hoyos la dignidad no se reduce a la superioridad que tiene el hombre respecto de otros seres, sino que se predica primaria y primordialmente del ser de la persona. Se trata de una dignidad no relativa, sino absoluta que se predica de toda persona, tanto de su acto de ser como de su naturaleza. La dignidad de la persona para Hoyos Castañeda es la base de la igualdad en derecho, porque todos los seres humanos son sujetos de derechos con la misma intensidad y dignidad. Esta es, a su vez, la razón para que los derechos humanos sean universales, se prediquen no respecto de algunos hombres, sino de todos los hombres⁹.

Ahora bien, en muchos tratados o acuerdos internacionales ratificados por Colombia y en las Cartas Magnas, no suele encontrarse una definición exacta de la dignidad humana. Al examinarlos solo se pueden extraer de ellos los rasgos

⁷ HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural. Bogotá: Ed. Temis. 2000. Pág. 21.

⁸ Para esta investigación, se equipara el mundo del deber ser al bienestar. Sin embargo no hay que desconocer que la lógica del ser o del deber ser, encierra una serie de matices más jurídicos que antropológicos.

⁹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Los Derechos Humanos: Expresión de la recuperación de la dignidad de la persona en una época de crisis. En: CONFERENCE ON MORAL CRISIS OF WESTERN DEMOCRACIES. (1995 : Roma) Bogotá: Díkaion: Revista de actualidad jurídica, N°. 5, 1996. Págs. 118 y ss.

esenciales de la categoría aludida. Estos se reducen en lo fundamental a tres calificativos: la dignidad humana es innata, inalienable y absoluta¹⁰.

El carácter connatural de la dignidad humana quiere decir que es imposible separarla del hombre, y que ella es consustancial del mismo, es decir, innata. El carácter inalienable significa que no se puede vender, cambiar o ceder. Por eso, son nulos todos los contratos o consentimientos que menoscaben la dignidad, aunque sea en grado mínimo. Entre tanto, la índole absoluta de la dignidad humana parte de su supuesto básico que la considera como un valor, suficiente en sí mismo, que no admite comparación alguna.

Es importante considerar que la dignidad de la persona de acuerdo a lo anteriormente analizado no depende principalmente de la calidad de vida, entendiendo ésta como vida cómoda y rodeada de bienestar material, sino de la propia esencia de la persona (substancia individual de naturaleza racional) y su primacía en el orden de la naturaleza; por eso, la dignidad no entra en conflicto con el derecho a la vida, ya que los dos se contienen en la persona humana que vale tanto cuanto debe existir.

Por consiguiente, los accidentes (los atributos intelectivos, relacionales, la autocomprensión, etc.) no son los que hacen la vida propiamente humana, sino que esas manifestaciones son valiosas precisamente por pertenecer a una persona humana.

Analizada la relevancia de la dignidad en la persona, es prudente resaltar la importancia del respeto a ésta.

10 HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Entre la persona y la dignidad. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos. En: Revista Pensamiento y Cultura No.1 (1998). Pág. 3.

Ilva Myriam Hoyos señaló que “(...) respetar a la persona es respetarle en su ser, admitirle su preeminencia, permitirle, a través del despliegue de sus propias virtualidades, su plenitud. El hombre es, en razón de su dignidad, irrepetible, irreiterable, no es incluido, de ningún modo, ni en la persona de sus padres, ni en el conjunto de todos los seres humanos, Si ello es así, todo ser humano, incluso el que no ha nacido, el que esté enfermo, así sea enfermo terminal, padezca enfermedad grave e incurable que le produzca intensos sufrimientos, es una persona, única e irrepetible y debe ser tratada con absoluto respeto. El reconocimiento de la dignidad a todo ser humano se basa en que todas las personas humanas son igualmente dignas y merecen ser tratadas como tales”¹¹.

Sin embargo y en contra de la exposición anterior, algunos sostienen existe una estrecha relación entre la dignidad y la calidad de vida, puesto este factor es directamente proporcional con el grado de dignidad; si la persona cuenta con todas sus facultades y actitudes humanas, es capaz de racionalizar y analizar cada uno de sus actos y se encuentra en una posición social, económica y física aceptada por la sociedad, cuenta con un nivel de dignidad que merece ser respetado y protegido por el Estado.

Pero en los casos de pobreza absoluta, enfermedades terminales, mal formaciones, discapacidades físicas y mentales entra a jugar el grado de aceptación y complacencia de la persona con su ser, para poder determinar si opera en ella la dignidad y el respeto a sus derechos por ser persona. En este aspecto se ha llegado a dudar de la presencia de la persona y de la dignidad de la misma.

Como es evidente, existen dos nociones acerca de la concepción de persona y dignidad, las cuales son incompatibles entre sí: la una es una consideración

¹¹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El respeto de la dignidad humana: Principio fundamental del ordenamiento penal. En: *Dikaion*, Revista de fundamentación jurídica, No. 3 (1994) Págs. 32 y ss.

objetiva, según la cual la dignidad humana es una realidad que se funda y encuentra su razón en el mismo ser, sin tomar en cuenta los aspectos accidentales del mismo. La otra es una consideración relativa, dependiente de la estimación subjetiva, producto de las circunstancias que afectan al ser humano en su ciclo de vida. En otras palabras, en la primera consideración todo ser humano, independiente de sus circunstancias es digno, porque la dignidad es inherente o esencial al ser humano; en la segunda, no todos son igualmente dignos, incluso puede haber algunos seres humanos carentes de dignidad, por no ser su vida digna.

Ahora bien, bajo este supuesto es correcto afirmar que una persona con discapacidad mental, como es el caso en estudio, es menos digna o menos persona que un individuo catalogado como normal, por sus limitaciones.

Siendo consecuentes con lo planteado a lo largo de este escrito, no es correcto afirmar que la dignidad de un discapacitado es gradual a su limitación o que por el hecho de presentar unas restricciones cognitivas que muchas veces le obstaculizan su proceso de análisis y reflexión, no es persona.

En palabras de la Corte Constitucional colombiana y de una forma asertiva se puede concluir¹²:

Quien ha perdido la razón, no pierde con ello su condición, su dignidad humana ni sus atributos como titular de derechos fundamentales. La solidaridad social exige tolerancia y aceptación de la persona enajenada o separada del sentido común de la población, sin que ello signifique el deber de soportar la afectación de derechos o valores de igual o superior jerarquía. El respeto de la diferencia, así ésta repugne a lo convencional, es un principio dimanante de la Constitución Política que guía la interpretación y la aplicación de los mecanismos legales de

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 174 del 24 de abril de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

defensa de los derechos y exigibilidad de los deberes, tanto de las personas normales como de las "anormales". Por otra parte, son los disminuidos físicos y mentales, y no las personas afectadas por su presencia, los llamados a recibir la protección especial del Estado, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.

1.1.1 Persona y la Dignidad para la Constitución de 1991. En la Constitución Política de Colombia¹³ se establece como pilar fundamental de todo el ordenamiento colombiano (social, jurídico, político y cultural) el respeto a la dignidad de la persona humana. Se trata a la dignidad como un principio sobre el cual la Carta estructura al Estado Social de Derecho.

El artículo 1 de la Constitución colombiana establece dentro del Título I de los Principios Fundamentales:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
(Subrayado fuera del texto)

Desde este punto de vista, la persona en su manifestación individual y colectiva, se contempla como fuente suprema y última donde emana toda autoridad y como titular de derechos y obligaciones para cuya protección y cumplimiento se ha creado el Estado. La persona humana es la principal característica del Estado Social de Derecho, sistema acogido por Colombia.

En otras palabras, la dignidad humana es la base para determinar, como lo establece el Preámbulo de la Constitución, el orden político, económico y social justo, y acercar al pueblo al fin propuesto en el mismo texto: "(...) fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo,

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007. Artículo 1.

la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)”¹⁴ Sin entender la dimensión de persona y dignidad de la misma, no podría existir el Estado, y mucho menos el Estado Social de Derecho, como pretende serlo Colombia.

Siendo conscientes de la dimensión e importancia que conlleva el reconocer a la persona y su dignidad, la Constitución acepta de forma directa que el orden político y jurídico se funda en la dignidad de la persona y en los derechos que son inherentes o esenciales a ella.

Es por esto, que la Constitución Política de 1991 establece derechos catalogados como fundamentales integrando a la misma, el llamado bloque de constitucionalidad (artículo 93), el cual esta conformado por normas internacionales –tratados y convenios- sobre derechos humanos ratificados por Colombia que reconocen que los derechos humanos hacen parte del Ordenamiento jurídico colombiano, es decir que tratados importantes como “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; hacen parte de la Constitución y deben ser igualmente atendidos por todas las personas y autoridades.

¹⁴ Ibíd. Preámbulo.

La Constitución Política de Colombia del año 1991 ha reconocido y garantizado en diversos artículos a la persona, su dignidad y sus atributos, tratando de crear mecanismos para su protección y desarrollo, más aún cuando se tienen previsiones normativas como ésta:

Artículo 94: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.¹⁵

De este modo, todos los derechos establecidos en la Constitución son simplemente enunciativos, por lo que los derechos no determinados en ésta no quiere decir que no son reconocidos ni protegidos por el Estado, esto es posible porque la base y el fundamento del orden jurídico es, como tantas veces lo hemos dicho, la dignidad de la persona humana.

En concordancia con todo lo anterior y dado que la esencia humana no cambia y la dignidad es algo intrínseco o inherente a la persona sin importan los accidentes, si se trata de una criatura por nacer o de un niño, de un anciano o un discapacitado; la esencia humana, siempre será la misma, por lo tanto todos los seres humanos tienen la misma dignidad, merecen la misma protección estatal y siguen siendo base fundamental del Estado Social de Derecho. Entonces, si el Estado Colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana, es esa dignidad la que le da sentido, valor, existencia y al mismo tiempo su propia finalidad.

Nótese como en la Constitución Política la dignidad humana conforma tanto un principio como un derecho fundamental; y como tal actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección

¹⁵ Ibíd. Artículo 94.

autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana.

De la mano del principio de la dignidad humana va el derecho correlativo de la igualdad, entendiéndose que toda persona por el hecho de ser persona tiene derecho a ser protegido, garantizando para todos un mínimo de equidad. La obligación del Estado frente a la protección a la igualdad, determina que la efectividad de los derechos de los más desfavorecidos debe tener una solución compensada, en atención a la equidad que debe presidir las relaciones sociales, sin desmedro de los derechos de los demás. Se puede predicar de esta forma, que todo derecho implica para los demás un deber correlativo.

Lo anterior es reconocido en la Constitución Política de Colombia, la cual en su artículo 13 consagra el derecho de todas las personas a ser tratadas de igual forma y el deber de las autoridades a proteger y promover este trato igualitario.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

De igual forma la Corte Constitucional, en Sentencia T-2359¹⁶ estableció de una manera breve la relación entre el respeto a la dignidad humana y el derecho a un trato igualitario, con su correspondiente deber en cabeza de las autoridades.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-2359 del 21 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

Reconocer como principio fundamental del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona humana es tanto como admitir que todo lo que vaya en bien del ser humano; es fin del Estado y por ende objeto de regulación y protección legal. Esto no es nada distinto que aceptar la dimensión jurídica y normativa de la persona humana.

En la Constitución de 1991, se ha reconocido, la dimensión jurídica de la persona y consecuentemente los derechos más importantes que son inherentes a su ser: derechos humanos o fundamentales.

El primero de los artículos que admite ese carácter jurídico y normativo de la persona es el artículo 5 de la Carta Política, el cual establece:

Artículo 5. El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

En este artículo, la Constitución acepta que no depende de ese reconocimiento la existencia o no de la persona, su dignidad y de sus derechos intrínsecos.

Al referirse a los derechos inalienables, quiere hacer entender el Constituyente que son aquellos derechos no enajenables, es decir que no se venden, no se transfieren y mucho menos son cesibles y en cierta forma, son los derechos que son intrínsecos de la naturaleza humana, como por ejemplo la vida, la libertad, la autodeterminación, etc., los cuales son también protegidos constitucionalmente.

Para que cualquiera de esos derechos sea realmente efectivo es necesario el consecuente deber, una obligación correlativa, es decir para que se le garantice a la persona el respeto de su dignidad y su libertad de formación, es necesario que el Estado establezca un sistema de garantías, de satisfacción y cumplimiento del ejercicio de estos derechos.

Es así como el artículo 2 de la Constitución Política establece que:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.
(Subrayado fuera del texto).

Determina entonces esta norma, que se encuentra en cabeza del Estado y de sus autoridades hacer respetar cada uno de los principios en los cuales se basa la estructura, organización y función del Estado, siendo pilar fundamental –como ya se anotó- el respeto de la dignidad humana. Debido a esta responsabilidad el Estado es el órgano competente de juzgar y sancionar aquellas actuaciones que atentan o violan los derechos de las personas. Un mecanismo de protección promulgado por la Constitución Política es la Acción de Tutela. La Acción de Tutela es actualmente concebida como un mecanismo creado en el artículo 86 de la Constitución de 1991, mediante el cual toda persona puede reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de

cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos establecidos en la ley.¹⁷

Otro artículo importante en la Constitución es el artículo 14, que reconoce:

Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

A través de esta disposición se busca la protección de todo tipo de persona en el ámbito jurídico, procurando que ésta tenga la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, tratando también de garantizar a nivel constitucional, el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos, concepto que ha tenido un amplio desarrollo en el derecho civil, cuyo contenido se identifica con los denominados atributos de la personalidad: nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio, estado civil y capacidad. Este derecho reitera una vez más, el deber del Estado de promover la eficaz protección a la persona.

No puede por tanto haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica ya que ello equivaldría a privarles de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones y por consiguiente desconocer la titularidad natural de los derechos de las personas.

1.1.1.1 Persona y Dignidad en la Jurisprudencia Colombiana. En Colombia el concepto de Persona y Dignidad ha variado de acuerdo con las posiciones o directrices que manejan los miembros de la Corte Constitucional.

Es así como en determinadas ocasiones la Corte Constitucional¹⁸ ha determinado que por ser personas y por ende dignos, se tiene cierta libertad para escoger lo

¹⁷ CEPEDA CORRALES, Manuel José. Introducción a la Constitución de 1991, hacia un nuevo constitucionalismo. Bogotá: Imprenta Nacional. 1993. Págs. 17 y ss.

que más les beneficie, desde el punto material a la persona. La libertad como elemento fundamental del ser, es la que le permite a la persona, según la Corte, elegir cuando, como, donde y bajo que circunstancias decide por desarrollarse como persona, en algunos casos enfrentándose con su derecho a la vida, integridad física y su dignidad.

En Sentencia C-239 de 1997 que aborda el tema de la Eutanasia, la Corte estableció¹⁹:

La Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, (...) Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.

En este caso, la Corte considera que todos los planteamientos expuestos sobre la dignidad de la persona son validos para una determinada persona pero no para toda la sociedad, donde conviven o deberían poder convivir diferentes concepciones éticas. Es así como el Estado tendría que ser neutral en lo que a valoraciones morales se refiere y en consecuencia debe legislar sin proponer ningún modelo ético con sus normas.

¹⁸ Estos casos se presentaron en sentencias de la Corte Constitucional que abordaban temas como el aborto, eutanasia, consumo de dosis personal de estupefacientes y negación de recibir tratamientos médicos.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Sin embargo, en otra disposición jurídica la Corte señala que no es posible ser neutrales cuando se tratan de derechos fundamentales de la persona, puesto que son fundamentos constitucionales. De igual forma se afirma que no existen conductas privadas; si tiene en cuenta que el hombre es un ser en relación y que se realiza viviendo en comunidad, así se puede afirmar que todos los actos moralmente calificables del hombre no afectan solamente al sujeto que los lleva a cabo, sino también toda la comunidad en la que vive inserto. Es así como el Estado esta llamado a proteger y garantizar el bien común de las personas bajo un marco de respeto a los derechos fundamentales principalmente la vida y la dignidad humana²⁰.

El hombre posee derechos, pero estos no se delimitan por su propia naturaleza, es decir, el hombre no puede violentar su naturaleza, y mucho menos pasar por encima de su dignidad humana, porque esta además de ser absoluta, esta por encima de su voluntad. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la dignidad humana no esta en función de sus derechos, son estos: la libertad, la voluntad, la razón y todas aquellas facultades inherentes al hombre las que se encuentran en función a esta. El hombre no es digno por sujeto de derechos, es sujeto de derechos por ser persona y digno.

Lo anterior, en concordancia con lo escrito por Hernando Herrera Vergara en su Aclaración de Voto en Sentencia C- 239 de 1997: "El carácter central de la dignidad humana, sin duda alguna apunta primariamente a garantizar la construcción y proyección del sujeto moral en pleno uso de sus facultades vitales y morales. Pero también, la dignidad humana es algo más que esto. No se agota en el sujeto autónomo, apela también a un concepto más amplio de humanidad que

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-309 del 25 de junio de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

cubre su declinar hasta su último fin. La dignidad como valor objetivo acompaña a la persona, independientemente de sus vicisitudes.”²¹

1.1.2 Concepto de Persona para el Derecho Civil. Entre las innumerables definiciones de persona en Derecho, es decir, desde el punto de vista jurídico se pueden citar tres, todas equivalentes²²:

- Persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos.
- Persona es todo ente susceptible de figurar como término subjetivo en una relación jurídica y
- Persona es todo ente susceptible de ser sujeto

El derecho además de presentar estas tres definiciones de persona, crea otros conceptos igualmente ligados a la persona, como son la personalidad, capacidad jurídica de goce, sujeto de derecho y cosa. Por lo que es conveniente conocer su relación con la persona para el Derecho.²³

- Persona, personalidad y capacidad jurídica o de goce. Persona es el ente apto para ser titular de derechos o deberes jurídicos, personalidad es la cualidad de ser persona, o sea, la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos. De allí que en el lenguaje ordinario se diga que se es persona y que se tiene personalidad.

Muchos autores consideran como sinónimas las expresiones personalidad y capacidad jurídica o de goce; pero, en sentido estricto, personalidad es la aptitud dicha, y capacidad jurídica o de goce es la medida de esa aptitud. De allí que

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de Voto, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, 10° Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1996. Págs. 43 y ss.

²³ *Ibíd.* Págs. 61 y ss.

pueda decirse que la personalidad no admite grado (simplemente se tiene o no se tiene), mientras que la capacidad sí.

- Persona y sujeto de derecho. Si se entiende por sujeto de derecho aquel que actualmente tiene un derecho o deber, el concepto de persona es más amplio porque comprende también a quien puede llegar a tener un derecho o un deber, aunque actualmente no lo tenga. Pero tomada la expresión, "sujeto de derecho" en abstracto, o sea sin referirla a ningún derecho o deber concreto, viene a ser sinónimo de persona.

- Persona y cosa. A las personas, o sea, a los posibles sujetos de derecho, se contraponen las cosas, las cuales sólo pueden llegar a ser objetos de derechos. Entre esas cosas no se incluyen en la actualidad a los seres humanos. En cambio, la expresión comprende tanto las llamadas cosas corporales, como las incorporales.²⁴

Ahora bien, en la actualidad el Derecho reconoce la personalidad jurídica a todos los individuos de la especie humana, independientemente de su edad, sexo, salud, capacidad mental, situación familiar y otras circunstancias. Pero es conocido por todos que esto no siempre fue así, puesto que en el Derecho romano no consideraba la personalidad y la capacidad jurídica como un atributo de la naturaleza humana, sino como una consecuencia del "estado", el cual tenía los caracteres de un privilegio o concesión de la ley, por ejemplo carecía totalmente de personalidad el esclavo, porque no tenía el status libertatis; carecía de personalidad, a los efectos del ius civile el extranjero, porque no tenía el status civitatis, y tenían limitada la capacidad jurídica los alieni iuris (sujetos a la potestad de otro), porque carecían del status familiae.²⁵

²⁴ *Ibíd.* Pág. 35.

²⁵ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma.* México D.F.: Ed. Porrúa. 1980. Pág. 103 y ss.

De igual forma, en el Derecho Medioeval moderno e incluso contemporáneo conoció la llamada muerte civil, institución mediante la cual el individuo a consecuencia de ciertos votos religiosos o de ciertas condenas penales, perdía su personalidad jurídica, por lo menos en el campo del Derecho Privado.

En Colombia, las personas según el Derecho Civil pueden ser naturales o jurídicas. Las personas naturales son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.²⁶

Esta definición ha tenido críticas, algunas basadas en que hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica.

El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta, cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que se denomina persona²⁷.

El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades, de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el

²⁶ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007, Artículo 74.

²⁷ KELSEN, Hans. Teoría Pura de la Razón. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1983. Pág. 125.

punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas.

Así las cosas se puede afirmar que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo, como lo señalo Ilva Myriam Hoyos²⁸.

Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

1.1.3 Concepto de Persona para el Trabajo. Por la naturaleza misma de las cosas, la persona humana es superior al trabajo que realiza y a los resultados que obtiene con él. De ahí resulta que el primer objetivo del trabajo sea el mismo hombre que trabaja. El hombre no está supeditado al trabajo, sino al revés²⁹.

Al ser el hombre persona, esto es, un ser subjetivo capaz de obrar de manera programada y racional, de decidir acerca de sí y de realizarse, es el sujeto del trabajo.

²⁸ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El Concepto Jurídico de la Persona. España: Ediciones Universidad de Navarra. 1989. Pág. 45.

²⁹ LOZA MACÍAS, Manuel. La persona, su trabajo y el mundo. En: <http://es.catholic.net/abogados/caticos/680/1219/articulo.php?id=15855> Fecha de consulta: 14 de agosto de 2008.

Como persona, trabaja y realiza las acciones propias del proceso del trabajo. Dichas acciones, independientemente de su contenido objetivo, han de servir a la realización de su humanidad y al perfeccionamiento de su vocación de persona, que existe y tiene en virtud de esa misma humanidad.

La supremacía de la dignidad de la persona sobre las cosas queda de manifiesto en el dominio que tiene el hombre sobre los bienes físicos que transforma. Cuando se invierte el orden y las cosas se convierten en un fin, su dignidad se degrada al volverse esclava de una realidad que, ontológicamente, es inferior a él³⁰.

Por lo mismo, las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse no en su dimensión objetiva (lo realizado) sino en su dimensión subjetiva (quién lo realiza); esto es, las fuentes de la dignidad del trabajo han de buscarse, antes que en la calidad o importancia de lo producido, en la dignidad de la persona que trabaja.

Esta concepción quita todo fundamento a la antigua división de los hombres en clases sociales, según el tipo de trabajo que se realiza. Esto no quiere decir que el trabajo, desde el punto de vista objetivo, no pueda o no deba ser de algún modo valorizado y cualificado; simplemente se trata de que el primer fundamento de su valor es el hombre mismo, él es su sujeto, y no aquello que realiza o sobre lo que lo realiza.

En el mismo sentido, el hombre está destinado y llamado al trabajo; pero, ante todo, el trabajo es "en función del hombre" y no el hombre "en función del trabajo".

Existe una preeminencia del significado subjetivo del trabajo por sobre su significado objetivo. Aunque es cierto que algunos trabajos pueden tener un valor extrínseco u objetivo mayor o menor, lo que debe medirse en ellos es la dignidad

³⁰ HOYOS. Entre la persona y la dignidad. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos. Op. cit. Pág. 32 y ss.

del sujeto mismo del trabajo, o sea, de la persona que lo realiza. A su vez, e independientemente de la finalidad material del trabajo que se realiza, dicha finalidad no posee un significado definitivo por sí mismo. A fin de cuentas, la finalidad del trabajo, de cualquier trabajo realizado por el hombre –aunque se trate del más corriente, monótono o marginal en la escala del modo común de valorar— sigue y seguirá siendo siempre el hombre mismo.

2. EL TRABAJO

Con los conceptos de persona y dignidad que se esbozaron en el capítulo anterior, se puede dar inicio a la segunda parte de esta labor que tiene como objetivo demostrar por qué es necesario el trabajo en el hombre y como este resulta esencial para la naturaleza humana.

2.1 CONCEPTO DE TRABAJO

Partiendo de la premisa: “el trabajo hace parte de la naturaleza humana, porque es un elemento fundamental de su esencia, la cual es inmodificable e inmutable”,³¹ resulta necesario hacer una aproximación a la definición del trabajo.

En ese orden de ideas, se debe responder al cuestionamiento ¿Qué se entiende por trabajo?

En un primer momento se puede afirmar que trabajo es aquel “esfuerzo personal para la producción y comercialización de bienes y/o servicios con un fin económico, que origina un pago en dinero o cualquier otra forma de retribución. Es una parte o etapa de una obra de un proyecto para la formación de un bien de capital. Labor, deber, relación y responsabilidad que debe realizarse para el logro de un fin determinado y por el cual se percibe una remuneración, es decir, trabajo es aquel esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza. Se usa como oposición de capital”³².

³¹ HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Bogotá: Editorial Temis, 1999, Pág. 21 y ss.

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 22 edición. En: <http://www.rae.es/>. Fecha de consulta: 28 de Agosto de 2008.

Etimológicamente la palabra trabajo se deriva de una tortura medieval cuyo nombre en latín era tripaliūm (tres palos), la cual se extendió en el verbo tripaliāre como sinónimo de torturar o torturarse. Posteriormente la palabra mutó en el castellano arcaico a “trebejare” con su significado de esfuerzo y luego surgió trabajar como sinónimo de laborar.³³

En un sentido más formal o legalista, según el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo, trabajo es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo³⁴.

En economía, en cambio se considera trabajo como toda actividad humana que busca producir en conjunto con el capital y la tierra. El trabajo no es más que un factor de la producción y fuente de progreso y riqueza.

La sociología por su parte, define el trabajo como una actividad social necesaria precisamente para mantener la armonía y lograr la consolidación y desarrollo de cualquier sociedad.

Así las cosas, se puede encontrar que en primera medida la definición de trabajo que hacen las diferentes ramas de la ciencia es diversa; ejemplo de esto es el concepto presentado por el Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aleja bastante de la definición económica o sociológica, puesto que la legislación laboral considera trabajo a toda actividad humana, siempre y cuando se realice con la existencia de un contrato de trabajo, por tanto, para la legislación laboral, si no hay un relación laboral de por medio, cualquier actividad que realice un individuo no se

³³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 22 edición. En: <http://www.rae.es/>. Fecha de consulta: 28 de Agosto de 2008.

³⁴ CÓDIGO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL TRABAJO: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007. Artículo 5.

considera trabajo. En primera instancia, la definición de la legislación colombiana resulta coherente toda vez que si para efectos laborales se considerara trabajo cualquier actividad humana desarrollada, así fuera sin la existencia de un contrato laboral, cualquier persona podría trabajar en la propiedad de otra sin su consentimiento y luego exigir el reconocimiento de su trabajo.

Nuevamente se presupone para la existencia de una relación laboral los elementos esenciales de todo contrato: acuerdo libre, voluntario acerca de un objeto lícito entre personas con capacidad para obligarse entre sí y cumplimiento de las formalidades que la ley establece. En el Derecho Laboral colombiano además de estos requisitos, es necesario que se encuentren presentes los siguientes tres elementos en relación laboral: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, es decir, con la ley laboral se presupone un acuerdo de trabajo, en forma dependiente respecto de la otra y mediante el pago de una contraprestación salarial.

Cabe resaltar que para el Derecho Laboral colombiano el trabajo es únicamente la actividad desarrollada por una persona natural, por lo que no es posible que se pueda celebrar un contrato de trabajo entre dos personas jurídicas, por tanto, cualquier relación entre personas jurídicas que implique alguna forma de trabajo, será regulada por el código de comercio o el código civil, según sea la naturaleza de la relación.

Así las cosas, si existe un contrato de servicios o de cualquier otra figura entre dos personas jurídicas que requiera de alguna actividad humana, la figura del contrato de trabajo se podrá presentar entre el empleado y la empresa ejecutora o contratista, pero nunca entre la empresa contratante y la empresa contratista.

Retomando el estudio de las definiciones dadas por diferentes entes, se encuentra que la Organización Internacional del Trabajo entiende por Trabajo es un conjunto

de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos³⁵.

En todas las definiciones presentadas hay semejanzas y oposiciones claras en contra de una y la otra, sin embargo, todas coinciden en que el trabajo solo se puede predicar del Hombre, puesto que el trabajo propiamente dicho, entendido como proceso entre la naturaleza y el hombre, es exclusivamente humano.

Algunos animales realizan actividades de manera coordinada y con una finalidad definida sin que se pueda considerar como trabajo. La diferencia entre el animal que desarrolla una actividad determinada y la actividad laboral del hombre, es que este realiza en la materia su fin. Al final del proceso del trabajo humano surge un resultado que antes de comenzar este proceso ya existía había sido visualizado por el hombre; en otras palabras, lo que diferencia estas actividades es la capacidad de analizar y reflexionar sobre su actividad.

En conclusión, se puede afirmar que el Trabajo, en un sentido amplio es toda actividad humana que transforma la naturaleza a partir de cierta materia dada. El trabajo ha pasado desde la concepción de sufrir o esforzarse como lo demuestra la palabra derivada del latín *tripaŕum*, que significa torturar; a la idea de *lab orar* u obrar con un fin determinado.

2.2 PERSONA Y TRABAJO

Establecido un concepto –por lo menos formal- de trabajo, se afirma que no se puede concebir el trabajo sin la persona humana, es preciso ahora señalar que en un sentido mas amplio, trabajo es la “acción humana a través de la cual el hombre

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). En: [http://www.ilo.org/public/libdoc /ILO-Thesaurus /spanish/tr2454.htm](http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus /spanish/tr2454.htm) Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2008.

se perfecciona así mismo³⁶”, es decir, trabajar es añadir al hombre, porque en su naturaleza esta el dar, el entregar, el sobreabundar.

Por la naturaleza misma de las cosas, la persona humana es quien realiza el trabajo y lo hace como un ser superior al trabajo mismo que realiza y a los resultados que obtiene con él. De ahí resulta que el primer objetivo del trabajo sea el mismo hombre que trabaja, el hombre no está supeditado al trabajo, sino al revés.

Al ser el hombre persona, esto es, un ser subjetivo capaz de obrar de manera programada y racional, de decidir acerca de sí y de realizarse, es el sujeto del trabajo.

Como persona, trabaja y realiza las acciones propias del proceso que implica trabajar del trabajo. Dichas acciones, independientemente de su contenido objetivo, han de servir a la realización de su humanidad y al perfeccionamiento de su vocación de persona, que existe y tiene en virtud de esa misma humanidad.

Hablar de trabajo, es hablar de un elemento propio y estrictamente de la persona humana porque solamente la persona humana trabaja; ningún otro ser trabaja, puesto que por ejemplo los animales realizan sus actividades de acuerdo a un instinto como se dijo anteriormente, estímulo en donde no media la conciencia³⁷.

Se considera trabajo en la naturaleza humana, no solo aquellas actividades de tipo físico o estrictamente tangibles, sino además las acciones productivas de carácter intelectual, tal como lo plantea la Iglesia Católica en los siguientes

³⁶ POLO, Leonardo, Conocimiento y trabajo. En: II Reunión Internacional "La empresa y el trabajo en la sociedad del conocimiento. Pamplona. 1988. Págs. 32 y ss.

³⁷ En este estadio se utiliza el concepto de conciencia de forma restringida al hecho de ser consciente de existir, y no como el regulador de la bondad o maldad de nuestras acciones.

términos: “Ahora bien, cuando el hombre aplica su habilidad intelectual y sus fuerzas corporales a procurarse los bienes de la naturaleza, por este mismo hecho se adjudica a sí aquella parte de la naturaleza corpórea que él mismo cultivó, en la que su persona dejó impresa una a modo de huella, de modo que sea absolutamente justo que use de esa parte como suya y que de ningún modo sea lícito que venga nadie a violar ese derecho de él mismo³⁸”.

En el fragmento anterior, se encuentra que teológicamente, no solo se le da el carácter de trabajo al denominado “trabajo intelectual”, sino que también se trata del trabajo como un derecho y su producto también, es decir, el trabajo es un derecho natural al hombre.

Al hablar de un derecho natural se hace alusión al derecho propio o inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental, sino que está constituido por criterios y principios rectores de la conducta humana, que son eternos e inmutables; además no está representado por un conjunto unitario y sistemático de normas, que exista en algún lugar concreto y cuya validez todos reconozcan.³⁹ Así el derecho al trabajo, es un derecho natural que no necesita ser reconocido por otros para existir, puesto que como se ha planteado reiteradamente hace parte del mismo ser y es necesario para que este sea lo que es y no otro diferente. En palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia T-537 de 1992: “El patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar”.

³⁸ IGLESIA CATÓLICA. Papa León XIII. Encíclica Rerum Novarum, Bogotá: Ediciones Paulinas, 1979. Págs. 13 y ss.

³⁹ BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. Filosofía del Derecho, México: Ed. Porrúa, 1995. Pág. 34 y ss.

También se puede predicar que el hombre transforma la realidad con su trabajo, pero el mismo no es inmune a lo que hace, sino que de la misma manera en que se transforma su exterior, es decir en la medida en que el hombre trabaja, se transforma o evoluciona su interior, en este orden de ideas, se puede afirmar que el hombre es un perfeccionador perfectible⁴⁰.

Según lo anterior, el hombre al trabajar, no solo mejora su exterior, aquello que hace, sino que se mejora así mismo internamente, sencillamente porque actúa de acuerdo a su naturaleza, y cumple su principal misión, perfeccionarse por medio de su voluntad, guiado por su razón; resumiendo el fin del hombre es perfeccionarse, y uno de los medios para ello es trabajando.

De acuerdo a todo lo anterior, el primer trabajo de la persona humana es perfeccionarse así mismo intrínsecamente, a esto obedece la distinción entre trabajo subjetivo y trabajo objetivo que establece Juan Pablo II “El trabajo es un bien para el hombre –es un bien de su humanidad- por que mediante el trabajo el hombre no solo transforma la naturaleza adaptándola a sus propias necesidades, sino que se realiza a si mismo como hombre, es mas, en cierta medida se hace mas hombre.⁴¹” Por lo demás –advierte el Papa- “sin trabajo no hay familia ya que esta exige los medios de subsistencia que el hombre adquiere mediante el trabajo⁴²”.

Por ende, el hombre se engrandece mientras trabaja dado que el trabajo es connatural al hombre –parte de su naturaleza-, es decir, el hombre al ser

⁴⁰ POLO, Leonardo. Ética Socrática y Moral Cristiana. En: <http://sumariosrevistas.blogspot.com/2008/01/anuario-filosfico-nmero-90-2007.html> Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2008.

⁴¹ IGLESIA CATÓLICA. Papa Juan Pablo II. *Laborem exercens: sobre el trabajo humano en el 90°. aniversario de la Rerum Novarum*, Bogotá: Ediciones Paulinas, 1982. Pág. 10.

⁴² *Ibíd.* Pág. 13.

perfectible, debe buscar su perfección obedeciendo su naturaleza humana, la cual le exige cumplir con sus notas esenciales dentro de las cuales esta el trabajo.

Existen básicamente dos tipos de trabajo, el primero puede ser aquel trabajo de interrelación personal como por ejemplo dictar clase, o brindar asesorías jurídicas; este tipo de trabajo, es la materialización del tinte social del hombre, de aquella característica de la persona humana de ser social, decimos pues que el hombre es social por naturaleza, y que esta le exige interrelacionarse, ésta característica del hombre se denomina alteridad, es decir, relacionarse con el otro, como necesidad apremiante de su propia naturaleza.⁴³

El segundo tipo de trabajo es aquel que denota la acción de producción como por ejemplo, la producción de ladrillos o la fabricación de cualquier elemento, este trabajo enmarca la coexistencia del hombre con el mundo y la modificación de su realidad⁴⁴.

Deteniéndonos un poco en las dos clases de trabajos, se encuentra que en el primero, el hombre trabaja para beneficio de otro mediáticamente, es decir, con su trabajo le reporta un beneficio a otro hombre, e inmediatamente, así mismo, en el segundo tipo de trabajo –el de producción- el resultado del trabajo es un objeto inerte, pero en última instancia, la producción, distribución y uso de estos productos que tienen como fin primario el beneficio a otros hombres, por ejemplo, quien produce ladrillos ejerce un trabajo de producción y no de interrelación, pero en ultimas los ladrillos se crearon para construir casas y brindar refugio al hombre.

Con lo anterior, es evidente que el hombre en si mismo es principio, fundamento, y fin del trabajo, ya sea de forma mediata o inmediata.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libros I, VI y X, Valencia: Ed. Universidad de Valencia, 1994. Pág. 36.

⁴⁴ SELLÉS, Juan Fernando, *La persona Humana*, Bogotá: Ed. Universidad de la Sabana. 1998. Pág. 65.

No se debe confundir trabajo con empleo. El contar con un director o jefe, prestar un servicio personal para una persona o una organización, y mantener durante el desarrollo de una actividad específica relaciones de subordinación, a cambio de una retribución económica, se denomina empleo.⁴⁵

En este orden de ideas, el trabajo no es en sentido estricto una cosa, un fenómeno jurídico o económico, es antes que cualquier fenómeno de las ciencias, una actividad propia y exclusiva del ser humano. Sin persona no puede haber trabajo y sin trabajo no podría entenderse que hay persona, dado que a su esencia y propias capacidades, la perfectibilidad resulta un elemento vital.

Cuando una persona trabaja involucra todo, no solo su parte física sino su parte emocional, afectiva y espiritual; por esta razón es importante estudiar hasta que punto a una persona con cierta discapacidad mental puede limitársele su participación laboral y si con esta limitación se está impidiendo su desarrollo natural.

2.3 TRABAJO Y DIGNIDAD HUMANA

Retomando lo anteriormente expuesto la persona humana es aquella sustancia individual de naturaleza racional que encierra una universalidad compuesta de potencias, la naturaleza misma de la persona le permite o más que eso, le exige buscar la perfección porque el hombre es perfectible, y en busca de esa perfección el hombre debe desarrollar – guiado por su razón- cada una de sus notas esenciales dentro de las cuales se encuentra con gran importancia el trabajo.

⁴⁵ CHARRY Rodolfo, Relaciones jurídico-Laborales, Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 2002. Pág. 26.

Ahora bien, hasta ahora se ha descrito o explicado que el trabajo es con-natural al hombre, necesario al hombre, obligatorio –moralmente hablando- al hombre; una última connotación del trabajo en el hombre hace relación a que el trabajo, dignifica al hombre.

Para entender mejor esa apreciación Francis Fukuyama, al analizar conceptualmente aquello que llamamos dignidad humana, lo llama con el Factor X y lo plantea así: "Lo que la exigencia de igualdad de reconocimiento implica es que, cuando se despoja a una persona de todas las características contingentes y accidentales, perdura en ella cierta cualidad humana esencial que merece un grado mínimo de respeto". Y prosigue: "El Factor X es la esencia del hombre, el significado más básico de la condición humana; si todos los seres humanos son de hecho, iguales en cuanto a su dignidad, entonces X debe ser una característica poseída universalmente por ellos".⁴⁶

Aquel factor o elemento común en el hombre, no es más que aquel status ontológico que posee la persona humana el cual lo hace diferente y superior al resto de entes del universo, sin limitarse a la razón, la voluntad, los sentidos, las relaciones humanas, es decir es todo ello; es un intangible que me hace superior, y especial.

La supremacía de la dignidad de la persona sobre las cosas queda de manifiesto en el dominio que tiene el hombre sobre los bienes físicos que transforma. Cuando se invierte el orden y las cosas se convierten en un fin, su dignidad se degrada al volverse esclava de una realidad que, ontológicamente, es inferior a él.

⁴⁶ FUKUYAMA, Francis. El fin del hombre: Consecuencias de la revolución biotecnológica, Barcelona: Ediciones B, S.A., 2003. Pág. 243.

Por lo mismo, las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse no en su dimensión objetiva (lo realizado) sino en su dimensión subjetiva (quién lo realiza); esto es, las fuentes de la dignidad del trabajo han de buscarse, antes que en la calidad o importancia de lo producido, en la dignidad de la persona que trabaja. Si el hombre alcanza perfección con el trabajo; el trabajo dignifica al hombre.

Esta concepción quita todo fundamento a la antigua división de los hombres en clases sociales, según el tipo de trabajo que se realiza. Esto no quiere decir que el trabajo, desde el punto de vista objetivo, no pueda o no deba ser de algún modo valorizado y cualificado; simplemente se trata de que el primer fundamento de su valor es el hombre mismo, él es su sujeto, y no aquello que realiza o sobre lo que lo realiza, o a que precio tiene el producto o a cuanto asciende el salario

Por lo anterior a ningún ser humano, puede negársele el derecho a trabajar pues sería tanto como negar su dignidad de persona y privarlo al mismo tiempo de ser más, o de perfeccionar, mejorar o realizarse, de acuerdo a sus propias metas, características o personalidad.

2.4 EQUIVOCACIONES ONTOLÓGICAS SOBRE EL TRABAJO

Siguiendo los lineamiento esquematizados, se pueden evidenciar dos posiciones equivocadas referentes al trabajo.

La primera de estas posiciones hace referencia a lo que se puede definir como trabajar mal. La mediocridad es una manifestación impropia de la naturaleza humana, debido a que con esto, el hombre no se engrandece sino que por el contrario, se envilece. El fin del trabajo es dignificar al hombre y llevarlo a su desarrollo pleno.

La segunda y tal vez la más importante de esas equivocaciones conceptuales es el llamado derecho a no trabajar.

Si el hombre voluntariamente y conscientemente, decide no trabajar, está atentando contra su misma esencia, puesto que no se muestra según su modo natural de ser. En este aspecto, es fundamental entender quien está capacitado para laborar normalmente o quien debe hacerlo de acuerdo a sus propias características, líneas o limitaciones.

Podría decirse que la forma de valorar este interrogante, es desde el punto de vista de la capacidad legal. En el derecho colombiano, la capacidad es entendida como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; de ejercitar los primeros y contraer los segundos en forma personal y comparecer a juicio por propio derecho⁴⁷.

Por su parte, la capacidad está íntimamente relacionada con la voluntad, entendiéndose esta como la facultad psíquica que tiene el individuo o persona para elegir entre realizar o no un determinado acto y depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto o hecho en concreto. Tiene relación también, con la capacidad que tiene la persona para tomar decisiones sin estar sujeto a limitaciones; libremente, sin secuencia causal ni imposición o necesidad.⁴⁸

La ley parte de la presunción que toda persona es legalmente capaz, y que solo en aquellos casos expresamente señalados por la misma ley, se debe entender que una persona, en tales condiciones es incapaz para asumir deberes o para

⁴⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, 10ª Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1996. Págs. 70 y ss.

⁴⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. 22 edición. En: <http://www.rae.es/>. Fecha de consulta: 28 de Junio de 2008.

ejercer o exigir derechos, según ese grado de incapacidad son los tipos de incapacidades: absolutas y relativas:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes⁴⁹.

Las principales diferencias entre la incapacidad absoluta y relativa radica en que:

- Los incapaces absolutos necesitan un representante para ejercer en sus derechos y los relativos pueden realizar actos jurídicos eficaces, pero deberán, por regla general, hallarse asistidos de sus representantes legales.
- Los actos de los incapaces absolutos adolecen de nulidad absoluta y los de incapaces relativos, adolecen de nulidades relativas
- Los actos de los absolutos no producen obligaciones y los relativos producen una obligación natural, entendidas estas como “las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”⁵⁰

Lo anterior en cuanto a la incapacidad en general. Ahora bien, en lo referente a la incapacidad para trabajar el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 29 la única limitación para trabajar en Colombia, es la referente a la edad. Este artículo establece:

Artículo 29. Capacidad. Tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo, todas las personas que hayan cumplido dieciocho (18) años de edad.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007. Artículo 1504.

⁵⁰ Ibíd. Artículo 1527

Por razones económicas determinadas por la realidad social y fundadas en la necesidad de la clase trabajadora, hoy día, se ha aceptado que menores de 18 años puedan trabajar, para lo cual necesitan una autorización especial escrita por parte del inspector del trabajo, o en su defecto de la primera autoridad local o los padres del menor⁵¹.

El tratamiento legal a la incapacidad para el trabajo, parte y se funda en que el trabajo es consecuencia de un acto jurídico: contrato. Cabe resaltar que la visión de equiparar el trabajo a contrato es reduccionista frente a la naturaleza y dimensión de lo que implica trabajar.

No obstante dentro de ese reduccionismo al que la ley ha sometido al trabajo, se encuentra que otras limitaciones están excluidas de la capacidad de trabajar, ejemplo: los dementes o sordomudos; situaciones que en la realidad social ameritan un replanteamiento, puesto que en muchos casos, su labor contractual esta lejos de un real vicio del consentimiento y de voluntad de un impedimento real para trabajar.

Sin embargo, es necesario plantear ¿hasta que grado pueden los discapacitados desarrollar labores encomendadas en una empresa? O ¿cuando una discapacidad mental puede presentar una limitación o exclusión del trabajo?

Ese replanteamiento de la capacidad para el trabajo al que invita la realidad social, encuentra hoy puertas abiertas en la Constitución Política de Colombia cuando entre otras cosas, se establece que el Estado Social y Democrático de Derecho se funda en la dignidad humana⁵² y el fin de esta Carta Política es asegurar a todos

⁵¹ CÓDIGO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL TRABAJO: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007. Artículo 30.

⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007, Artículo 1.

los colombianos la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, entre otros valores.

Ese nuevo panorama y lo analizado en el inicio del capítulo lleva a considerar a la persona como un ente titular de dignidad y al trabajo como elemento dignificante de la persona; es decir, el trabajo; en la actualidad no puede limitarse como lo hace la legislación laboral a un contrato de trabajo; ni puede ser este contrato la medida para determinar si alguien puede o no trabajar.

Así como la persona se alimenta, duerme y respira, debe también trabajar. Lo que ocurre es que en virtud del principio de igualdad no todo trabajo debe ser igual cuando las personas y sus capacidades son distintas.

En efecto, una persona de dieciséis años puede trabajar, desde luego a su medida y bajo ciertas condiciones. Por eso la ley lo permite, previa autorización de la autoridad competente y bajo una jornada y horario limitado. Ese régimen especial de trabajo ajustado a sus propias características y necesidades, debería ser concebida de igual manera para discapacitados físicos y cognitivos, por eso se presenta el siguiente interrogante: ¿Hasta que punto una discapacidad y especialmente una limitación cognitiva puede ser causa de una exclusión en y para el trabajo?

3. DISCAPACIDAD COGNITIVA

3.1 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

En el año 1980, la Organización Mundial de Salud (OMS) definió la discapacidad como “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.⁵³

La Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías (CIDDM) de la Organización Mundial de Salud, involucraba además de la discapacidad, términos que según esta entidad son secuenciales a la discapacidad. Los vocablos enfermedad, deficiencia, discapacidad y minusvalía tienen relación uno con el otro, puesto que generalmente cuando se presentan causan y producen al otro.

Según la OMS cuando se presentaba una enfermedad o un trastorno específico (por ejemplo una infección en el período prenatal por citomegalovirus) daba lugar a una deficiencia (lesiones cerebrales en el feto), las cuales a su vez producían una discapacidad (discapacidad para el aprendizaje) que determinarían la existencia de una minusvalía en el sujeto (incapacidad para cuidar de sí mismo adecuadamente y de funcionar con autonomía en el medio social)⁵⁴.

⁵³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Clasificación Internacional De Deficiencias, Discapacidades Y Minusvalías (CIDDM), En: <http://www.proyectojuvenalis.org/docs/clasificacion.pdf> Fecha de consulta: 2 de Octubre de 2008.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Clasificación Internacional De Deficiencias, Discapacidades Y Minusvalías (CIDDM), En: <http://www.proyectojuvenalis.org/docs/clasificacion.pdf> Fecha de consulta: 15 de Octubre de 2009.

Ahora bien, en una reciente Clasificación de deficiencias, discapacidades y minusvalías, la OMS replantea su concepto sobre la discapacidad, identificándola como consecuencia de una deficiencia a partir del rendimiento funcional y de la actividad del individuo. Debe notarse, que en esta definición se incluyen tres dimensiones, cada una relacionada con un plano diferente de la situación de discapacidad: cuerpo, actividad e interacción o participación social.

Con este nuevo direccionamiento, la OMS propone cambiar el planteamiento de las “consecuencias de enfermedades”, a manejar diferentes “componentes de salud”, Con este cambio, se busca concientizar y evidenciar la importancia del rol del entorno físico y social para con el discapacitado, lo que implica que ambos, sociedad y discapacitado, son responsables de tratar y atenuar las deficiencias y limitaciones que afectan al individuo.

Por lo anterior y unificando los conceptos manejados a lo largo de estos últimos años se puede entender como Discapacidad aquella limitación que afecta la cantidad y/o calidad de actividades que debe realizar cotidianamente una persona, o barreras en la participación social, laboral, familiar, educativa de una persona debido a su condición física o mental.

Esta limitación puede ser clasificada según el grado de capacidad y desempeño que tenga la persona en sus actividades cotidianas. La discapacidad puede ser⁵⁵:

- Leve: cuando la reducción de la capacidad del individuo para desempeñar sus actividades cotidianas es mínima y no interfiere en su productividad.

- Moderada: cuando la reducción de la capacidad del individuo limita parcialmente sus actividades cotidianas y su productividad.

⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud. Madrid: CIF. IMERSO. 2001. Pág. 45.

- Grave: cuando la reducción de la capacidad del individuo es tal que lo hace completamente dependiente y poco productivo.

Como consecuencia de la clase de deficiencia, la discapacidad puede clasificarse en discapacidad auditiva, discapacidad visual, discapacidad motora y discapacidad cognoscitiva, siendo esta última la más común y numerosa en Colombia.

3.2 CONCEPTO DE DISCAPACIDAD COGNITIVA

Usualmente cuando se trata la discapacidad cognitiva y mental se hace relación con el concepto de retraso mental, el cual es una de las denominaciones diagnósticas más antiguas con la que se calificaba a todas aquellas personas que presentaban dificultades en la adaptación al medio, por alteraciones en el funcionamiento neurológico.

Sin embargo, la Discapacidad Cognitiva no se contiene completamente en el concepto de retraso mental, ya que este es un concepto más amplio, puesto que hace referencia al desempeño, la forma en que las personas hacen las actividades que les corresponden y como se adaptan al medio. La discapacidad cognitiva y mental está relacionada con el desarrollo mediado de los procesos superiores del pensamiento, de inteligencias múltiples, de inteligencia emocional, de inteligencia triárquica y los enfoques ecológicos y de calidad de vida.

Actualmente en Colombia y según los datos del último Censo de Población y Vivienda del año 2005, se tiene que por cada 100 colombianos 6,3 personas tienen una limitación permanente y 10,7 personas tienen limitaciones en el

aprendizaje, para relacionarse y autocuidarse, es decir presentan una discapacidad mental o cognitiva⁵⁶.

La discapacidad cognitiva corresponde a toda manifestación de alteraciones cerebrales que pueden tener causa en mecanismos genéticos anormales, en variables prenatales y del parto ó en circunstancias postnatales. Se presenta como un conjunto de dificultades en el individuo a nivel emocional, social e intelectual, que tienen que ver con procesos de percepción, memoria, atención, desarrollo motor y del lenguaje. Cada uno de estos niveles de afectación, en grado diferente, determina no solo las posibilidades de tratamiento, sino también el tipo de intervención más adecuado, la duración del mismo y su costo potencial.⁵⁷

Médicamente en la discapacidad cognitiva y mental, los medicamentos, hasta ahora, no pueden restaurar la estructura dañada del cerebro. Por tal motivo, se tiende a considerar que la discapacidad cognitiva y mental es permanente e irreversible. Por esta razón las personas con discapacidad cognitiva y mental se encuentran en una situación de vulnerabilidad al padecer importantes dificultades para su desenvolvimiento personal y en el desarrollo de las actividades de su vida diaria.

3.2.1 Causas de la Discapacidad Cognitiva. Las causas de la Discapacidad son muy diversas, se relacionan con lo biológico y sociocultural y en ellas el medio físico y social desempeña un papel preponderante.

⁵⁶ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Censo General 2005. En http://www.dane.gov.co/censo/files/discapacidad/discapacidad_mundo.pdf Fecha de consulta 28 de junio de 2008.

⁵⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud. Madrid: CIF. IMERSO. 2001. Pág. 34.

La importancia de su conocimiento radica en que se constituye una herramienta fundamental para planear y evaluar los programas de promoción de la salud y prevención de la discapacidad.

Son muchas las posibles causas que llevan a una discapacidad cognitiva y mental: genéticas, ambientales, accidentales, etc. Aunque es imposible superarla totalmente, la detección precoz y la estimulación temprana sirven para lograr que el niño desarrolle al máximo todas sus potencialidades.

Sobre las causas generales de discapacidad cognitiva y mental, se tienen estas:

- Alteraciones metabólicas (Fenilcetonuria- hipotiroidismo)
- Alteraciones genéticas cromosómicas (Por ejemplo síndrome de down, trisomía del par 21 trisomía 21 por traslocación)
- Alteraciones de formación (micro/ macro o hidrocefalia)
- Lesiones cerebrales (generados por causas prenatales, perinatales o postnatales)
- Epilepsias

3.2.2 Manifestaciones de la Discapacidad Cognitiva. La Discapacidad se hace manifiesta a través de las limitaciones en la actividad cotidiana de la persona⁵⁸.

Una limitación en la actividad abarca desde una desviación leve, hasta una grave en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad comparada con la manera, extensión o intensidad como se espera que la realizara una persona sin esa condición de salud. Por eso las principales limitaciones se encuentran en:

- El aprendizaje y aplicación del conocimiento
- Las tareas y demandas generales
- El autocuidado

⁵⁸ Ibíd. Págs. 43 y ss.

Igualmente, esta discapacidad se hace notoria cuando la persona encuentra o presenta restricciones para su participación dentro de la comunidad o sociedad.

Las restricciones en la participación social, son los problemas que puede experimentar una persona para implicarse en situaciones vitales. La presencia de una restricción o barrera (física – actitud) en la intervención viene determinada por la comparación que se hace dentro de la sociedad de lo que se espera del desarrollo de una persona sin discapacidad en esa cultura o comunidad y otra con cierta discapacidad.⁵⁹.

Estas restricciones se pueden encontrar en⁶⁰:

- El aprendizaje y la aplicación del conocimiento: la persona puede tener restricciones en cuanto a las experiencias sensoriales intencionadas, aprendizaje básico: mirar, escuchar, copiar, repetir, aprender a leer, escribir, calcular. Aplicar el conocimiento, centrar la atención, pensar, leer, escribir, calcular, resolver problemas o tomar decisiones.
- Tareas y demandas generales: el discapacitado puede limitarse por no poder llevar a cabo tareas únicas, múltiples, rutinas, manejo del estrés y otras demandas psicológicas.
- Autocuidado: usualmente un discapacitado puede tener una restricción a nivel del cuidado de su propia salud, por cuanto tiene problemas para lavarse, cuidar partes del cuerpo, higiene personal, vestirse, comer, beber,

⁵⁹ PANTANO, Lilibiana. La discapacidad como problema social, Madrid: Ed. Lugar, 1999. Pág. 56.

⁶⁰ SCHORN, Martha. La capacidad en la discapacidad. Madrid: Ed. Lugar. 2003. Págs. 45 y ss.

- Vida domestica: problemas con la adquisición de lo necesario para vivir, adquisición de bienes y servicios. Tareas del hogar. Cuidado de los objetos del hogar y ayudar a los demás.
- Interacciones y relaciones interpersonales: interrelaciones interpersonales generales e interrelaciones interpersonales particulares: con extraños, sociales formales, informales, familiares, intimas.
- Áreas principales de la vida: educación, trabajo y empleo. Vida económica. Disfrute del tiempo libre.
- Vida comunitaria, cívica y social: tiempo libre y ocio. Religión y espiritualidad. Derechos humanos. Vida política y ciudadana. Vida comunitaria social y cívica.

3.2.3 Algunas Discapacidades Mentales. Entre las discapacidades mentales más conocidas están: el Autismo, el Síndrome Down, Síndrome de Asperger y el Retraso Mental.

3.2.3.1 Autismo⁶¹. Es un síndrome (a veces llamado “autismo clásico”) que estadísticamente afecta a 4 de cada 1,000 niños, corresponde a un desorden del desarrollo del cerebro que se comienza a evidenciar en los niños antes de los tres años de edad y que deteriora su comunicación e interacción social causando un comportamiento restringido y repetitivo.

Las personas con autismo clásico muestran distintos tipos de síntomas: interacción social limitada, problemas con la comunicación verbal y son poco usuales. Las características del autismo por lo general aparecen durante los

⁶¹ LIEN DE ROZENTAL, María Cecilia, El autismo, enfoque fonoaudiológico: el síndrome de autismo infantil con especial referencia a los problemas preceptuales de comunicación, habla y lenguaje. Buenos Aires: Ed. Medica Panamericana, 1983. Págs. 32 y ss.

primeros tres años de la niñez (con frecuencia no se nota antes de los 2 ó 3 años de edad) y continúan a lo largo de toda la vida. Aunque no existe un tratamiento que logre su completa recuperación, el cuidado apropiado puede promover un desarrollo relativamente normal y reducir los comportamientos considerados inapropiados. Las personas con autismo tienen una esperanza de vida normal.

Las terapias e intervenciones conductuales están diseñadas para remediar síntomas específicos y pueden otorgar una mejoría sustantiva. El plan ideal de tratamiento coordina terapias e intervenciones que tienen como blanco los principales síntomas del autismo: problemas de interacción social y comunicación verbal y no verbal, y rutinas e intereses obsesivos o repetitivos⁶².

La mayoría de los profesionales concuerdan en que mientras más temprana la intervención, mejor, ya que si el tratamiento inicia desde una edad temprana puede favorecerse aspecto como el comportamiento y adaptación al medio familiar y social. Algunas de las formas como se puede mejorar la condición de las personas con este síndrome son⁶³:

- Intervenciones educacionales/conductuales: Los terapeutas utilizan sesiones de intenso entrenamiento para el desarrollo de destrezas altamente estructuradas, con el fin de ayudar a los niños a desarrollar destrezas sociales y de lenguaje. La orientación familiar para los padres y hermanos de los niños autistas, con frecuencia ayuda a las familias a enfrentar los particulares desafíos de vivir con un niño autista.

⁶² AUTISMO. Wikipedia: La enciclopedia libre. En: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Autismo&oldid=19392203> Fecha de consulta: 12 de agosto de 2008.

⁶³ M. RUTTER, Autismo. Revaluación de los conceptos y el tratamiento. Madrid: Ed. Alhambra, 1997. Págs. 76 y ss.

- Medicamentos: Los médicos a menudo recetan un medicamento antidepresivo para controlar síntomas de ansiedad, depresión o algún trastorno obsesivo-compulsivo. Se emplean medicamentos antipsicóticos para tratar graves problemas conductuales. Las convulsiones pueden ser tratadas con una o más de las drogas anticonvulsivas. Estimulantes, tales como los usados para niños con un trastorno de déficit atencional, a veces son empleados de manera efectiva para ayudar a disminuir la impulsividad e hiperactividad.

3.2.3.2 Síndrome de Down.⁶⁴ Es la más común y fácil de reconocer de todas las condiciones asociadas con la discapacidad mental. Esta condición (antes conocida como mongolismo) es el resultado de una anomalía de los cromosomas: por alguna razón inexplicable una desviación en el desarrollo de las células resulta en la producción de 47 cromosomas en lugar de las 46 que se consideran normales. El cromosoma adicional cambia totalmente el desarrollo ordenado del cuerpo y cerebro. En la mayor parte de los casos, el diagnóstico del síndrome de Down se hace de acuerdo a los resultados de una prueba de cromosomas que es suministrada poco después del nacimiento de la persona.

A pesar de que hay más de 50 síntomas reconocidos del síndrome de Down, es raro encontrar una persona con todos o una gran cantidad de éstos. Algunos síntomas incluyen:

- Falta de tono muscular;
- Ojos alargados, con el cutis pliegado en el rabillo del ojo;
- Hiperflexibilidad (la habilidad de extender excesivamente las coyunturas);
- Manos chicas y anchas con una sola arruga en la palma de una o ambas manos;
- Pies anchos con los dedos cortos;

⁶⁴ MILLER, Jon F., Síndrome de Down: comunicación, lenguaje, habla, Barcelona: Ed. Masson, 2001. Págs. 34 y ss.

- El puente de la nariz plano;
- Orejas pequeñas, en la parte inferior de la cabeza;
- Cuello corto;
- Cabeza pequeña;
- Cavidad oral pequeña; y
- Llantos cortos y chillones durante la infancia.

Los individuos con síndrome de Down típicamente son más pequeños que sus compañeros normales, y su desarrollo físico e intelectual es más lento.

Aparte de un distintivo aspecto físico, los niños con síndrome de Down frecuentemente experimentan problemas relacionados con la salud. Por causa de la baja resistencia, estos niños son más propensos a los problemas respiratorios. También los problemas visuales, tales como los ojos cruzados y la miopía, son comunes en los niños con síndrome de Down, al igual que la deficiencia del habla y del oído⁶⁵.

No existe hasta la fecha ningún tratamiento farmacológico eficaz para el Síndrome de Down. Los únicos tratamientos que han demostrado una influencia significativa en el desarrollo de los niños con Síndrome de Down son los programas de Atención Temprana, orientados a la estimulación precoz del sistema nervioso central durante los seis primeros años de vida, especialmente durante los dos primeros años, puesto que en ellos se presenta un grado de plasticidad muy alto lo que resulta útil para potenciar mecanismos de aprendizaje y de comportamiento adaptativo.

⁶⁵ Síndrome de Down: Guía de Manejo. En: [http://www.sepeap.org/archivos/revisiones/dismorfologia / sindromedown.htm](http://www.sepeap.org/archivos/revisiones/dismorfologia/sindromedown.htm) Fecha de consulta 12 de agosto de 2008.

La adaptación educativa y social permite en muchos casos una integración normalizada en colegios, instituciones o asociaciones, aunque deben tenerse en cuenta sus necesidades educativas y sociales especiales.

Los contextos estimulantes ayudan a que se generen conductas de superación que impulsan el desarrollo de la inteligencia. Como consecuencia, es imposible determinar los trabajos y desempeños que pueden conseguir durante la vida adulta.⁶⁶

Por esta razón, es importante que la sociedad y el Estado busquen métodos para potenciar sus iniciativas y romper con los planteamientos estáticos que históricamente les han perseguido: es un compromiso social ineludible que debe ser atendido.

3.2.3.3 Síndrome de Asperger.⁶⁷ Es un trastorno del desarrollo que se caracteriza por los intereses limitados o una preocupación inusual con un objeto en particular hasta la exclusión de otras actividades rutinas o rituales repetitivos peculiaridades en el habla y el lenguaje, como hablar de manera demasiado formal o monótona, o tomar las figuras retóricas literalmente comportamiento social y emocionalmente inadecuado y la incapacidad de interactuar exitosamente con los demás, problemas con comunicación no verbal, inclusive el uso restringido de gestos, expresiones faciales limitadas o inadecuadas, o una mirada peculiar y rígida movimientos motores torpes y no coordinados.

El Síndrome de Asperger es relacionado en muchos casos con el Autismo, puesto que es resultado de una afección neurológica que se caracteriza por impedir el

⁶⁶ BURNS, Y., GUNN, P. El síndrome de Down: estimulación y actividad motora. Barcelona: Editorial Herder, 1995. Págs. 23 y ss.

⁶⁷ ATWOOD, Tony. El Síndrome de Asperger: Guía para la Familia. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A. 2002. Págs. 34 y ss.

desarrollo normal de las habilidades del lenguaje y la comunicación, al igual que patrones repetitivos o restringidos de pensamiento y comportamiento.

Sin embargo, a diferencia de las personas con autismo, los que sufren del Síndrome de Asperger mantienen sus habilidades tempranas de lenguaje y los retrasos de desarrollo motor, como gatear o caminar tardíamente, y torpeza, a veces son el primer indicador del trastorno.

Los estudios en niños con este Síndrome sugieren que sus problemas con socialización y comunicación continúan en la edad adulta. Algunos de estos niños desarrollan síntomas psiquiátricos adicionales y trastornos en la adolescencia y la edad adulta.⁶⁸

Aunque se diagnostica principalmente en niños, el Síndrome de Asperger se está diagnosticando cada vez más en adultos que buscan atención médica para afecciones de salud mental como depresión, trastorno obsesivo-compulsivo y trastorno de hiperactividad con déficit de atención (ADHD, siglas en inglés).

El síntoma más distintivo del Síndrome de Asperger es el interés obsesivo de la persona en un objeto o tema único hasta excluir cualquier otro. Algunas personas con Síndrome de Asperger se han convertido en expertos en marcas y modelos de automóviles, hasta objetos tan peculiares como clases de freidoras. Su experiencia, alto nivel de vocabulario, y patrones de lenguaje formales los hacen parecer como pequeños profesores.

A diferencia del gran retraimiento del resto del mundo que es característico en el autismo, las personas con Síndrome de Asperger están aislados debido a sus malas habilidades sociales y pocos intereses. De hecho, tal vez se acerquen a

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 50.

otras personas, pero hacen imposible la conversación normal debido al comportamiento inadecuado o excéntrico, o tratando de hablar solamente de su interés único.⁶⁹

La investigación actual señala a las anomalías cerebrales como la causa del Síndrome de Asperger, puesto que usando técnicas avanzadas de imágenes cerebrales, los científicos han revelado diferencias estructurales y funcionales en regiones específicas de los cerebros de niños normales comparados con niños con Síndrome de Asperger. Estos defectos probablemente están causados por la migración anormal de células embrionarias durante el desarrollo fetal que afecta la estructura cerebral y el “cableado” y luego va a afectar los circuitos neurales que controlan el pensamiento y el comportamiento.

El tratamiento ideal del Síndrome de Asperger coordina terapias que abordan los tres síntomas esenciales del trastorno: malas habilidades de comunicación, rutinas obsesivas o repetitivas, y torpeza física. No existe un paquete ideal de tratamiento para todas las personas con Síndrome de Asperger, pero la mayoría de los profesionales está de acuerdo en la importancia de la intervención temprana como forma de abordar y manejar esta afección.⁷⁰

3.2.3.4 Retraso Mental.⁷¹ Consiste en un rendimiento intelectual generalmente inferior a la media normal de una persona, que se origina durante el periodo de desarrollo y que se asocia con deficiencias en la conducta adaptativa.

⁶⁹ MARTÍN BORREGUERO, Pilar, El Síndrome De Asperger: ¿Excentricidad O Discapacidad Social?, Madrid: Alianza Editorial S.A., 2004. Pág. 43.

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 50.

⁷¹ HEWARD, William. Niños Excepcionales: Una Introducción a la Educación Especial. Madrid: Editorial Prentice Hall. 2000 Págs. 88 y ss.

Algunos consideran que el retraso mental se diagnostica solo a base de un cociente de inteligencia (C.I.) mucho mas bajo de lo normal y que las personas retrasadas no pueden aprender a ocuparse de si mismos. En realidad, para ser diagnosticado como retrasado mental, la persona tiene que tener ambos, un C.I. significativamente bajo y problemas considerables en su adaptación a la vida diaria.

En el retraso mental se aprecia una lentitud del desarrollo, en general en todas las áreas de funcionamiento, que se pone de manifiesto en las siguientes áreas de la persona⁷²:

- Cognitiva: puede existir una orientación hacia lo concreto, egocentrismo, distracción y poca capacidad de atención. La hiperactividad sensorial puede conducir a conductas desbordantes, a la evitación de estímulos, y a la necesidad de procesar estímulos a niveles de intensidad bajos.
- Emocional: tienen dificultades para expresar sentimientos y percibir afectos tanto en sí mismo como en los otros. La expresividad de la afectividad puede estar modificada por los impedimentos físicos (hipertonía, hipotonía).
- En el habla: pueden inhibir la expresión del afecto negativo, lo que conduce a instancias de una hiperactividad afectiva aparente que incluye una ira impulsiva y una baja tolerancia a la frustración.
- En la adaptación: las complejidades normales de las interacciones diarias pueden poner a prueba los límites cognitivos de una persona con Retraso Mental. En casos extremos, el descontrol impulsivo puede conducir a la violencia y la destructividad. Los cambios en la vida diaria pueden forzar las capacidades

⁷² EDGERTON, Robert. Retraso mental, Madrid: Ed. Morata, 1985. Págs. 18 y ss.

cognitivas y las habilidades de afrontamiento, lo que a veces conduce a la frustración.

- En las reacciones primitivas: a la frustración y a la tensión pueden implicar conductas agresivas, autolesivas o auto-estimulantes.

De igual forma, se ha clasificado los tipos de retrasos mentales de la siguiente manera:⁷³

- Retraso Mental leve: Los individuos afectados de retraso mental leve adquieren tarde el lenguaje, pero la mayoría alcanzan la capacidad de expresarse en la actividad cotidiana, de mantener una conversación y de ser abordados en una entrevista clínica.

La mayoría de los afectados llegan a alcanzar una independencia completa para el cuidado de su persona (comer, lavarse, vestirse, controlar los esfínteres), para actividades prácticas y para las propias de la vida doméstica, aunque el desarrollo tenga lugar de un modo considerablemente más lento de lo normal. Las mayores dificultades se presentan en las actividades escolares y muchos tienen problemas específicos en lectura y escritura. La mayoría de los que se encuentran en los límites superiores del retraso mental leve pueden desempeñar trabajos que requieren aptitudes de tipo práctico, más que académicas, entre ellas los trabajos manuales semicualificados.

En general, las dificultades emocionales, sociales y del comportamiento de los enfermos con retraso mental leve, así como las necesidades terapéuticas y de soporte derivadas de ellos, están más próximas a las que necesitan las personas

⁷³ Ibíd. Pág. 33.

de inteligencia normal que a los problemas específicos propios de los enfermos con retraso mental moderado o grave.

- Retraso Mental Moderado: Los individuos incluidos en esta categoría presentan una lentitud en el desarrollo de la comprensión y del uso del lenguaje y alcanzan en esta área un dominio limitado. La adquisición de la capacidad de cuidado personal y de las funciones motrices también están retrasadas, de tal manera que algunos de los afectados necesitan una supervisión permanente. Aunque los progresos escolares son limitados, algunos aprenden lo esencial para la lectura, la escritura y el cálculo.

De adultos, las personas moderadamente retrasadas suelen ser capaces de realizar trabajos prácticos sencillos, si las tareas están cuidadosamente estructuradas y se les supervisa de un modo adecuado. Rara vez pueden conseguir una vida completamente independiente en la edad adulta. Sin embargo, por lo general, estos enfermos son físicamente activos y tienen una total capacidad de movimientos. La mayoría de ellos alcanza un desarrollo normal de su capacidad social para relacionarse con los demás y para participar en actividades sociales simples.

- Retraso Mental Grave: Tanto el cuadro clínico, como la etiología orgánica y la asociación con otros trastornos son similares a los del retraso mental moderado. Padecen un grado marcado de déficit motor o de la presencia de otro déficit indicativo de un daño o una anomalía del desarrollo del sistema nervioso central, de significación clínica.

- Retraso Mental Profundo: El cociente intelectual en esta categoría es inferior a 20-25, lo que significa en la práctica que los afectados están totalmente incapacitados para comprender instrucciones o requerimientos o para actuar de acuerdo con ellas. La mayoría tienen una movilidad muy restringida o totalmente

inexistente, no controlan esfínteres y son capaces en el mejor de los casos sólo de formas muy rudimentarias de comunicación no verbal. Poseen una muy limitada capacidad para cuidar sus necesidades básicas y requieren ayuda y supervisión constantes.

Entre las posibles causas, los médicos han señalado que las condiciones genéticas pueden intervenir en esto. A veces el retraso mental es causado por genes anormales heredados de los padres, errores cuando los genes se combinan, u otras razones.⁷⁴

Otra razón de la existencia de los retrasos mentales se debe a los problemas que se presentan durante el embarazo, puesto que en algunos casos el bebé no se desarrolla apropiadamente dentro del útero, produciendo malformaciones encefálicas y craneales. De igual forma, afecta la formación del bebe y es causa del retraso mental la exposición de la madre gestante a rayos X, la malnutrición de ésta, o la ingesta masiva de alcohol, drogas o tabaco durante el embarazo.

Los problemas al nacer son también una de las causas de los retrasos mentales. Por ejemplo la falta de oxígeno y el adecuado parto. Se ha evidenciado que los niños prematuros o que pesen menos de dos kilos y medio al nacer, tiene más probabilidades de sufrir algún deterioro en su sistema nervioso central.

No obstante, el retraso mental no es una enfermedad, por lo tanto no hay un tratamiento o cura contra ella. Sin embargo, la mayoría de personas con retraso mental pueden aprender a hacer muchas cosas. Solo les toma mas tiempo y esfuerzo que a los demás.

La mayoría de la población con deficiencia mental en edad laboral es capaz de desarrollar algún trabajo; es población activa.

⁷⁴ HEWARD, Op. cit., Págs. 88 y ss.

Muchas personas con retraso mental, si han adquirido las habilidades laborales y sociales necesarias y han aprendido a realizar las tareas de su puesto de trabajo, pueden integrarse en un trabajo normal. Otros podrán ejercer su actividad laboral en empresas especiales; otros, con más dificultades, podrán realizarse laboralmente en actividades ocupacionales útiles, produciendo cosas, no menos útiles.

3.3 DISCAPACIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Luego de analizar que la discapacidad cognitiva y mental indica que las personas que padecen esta sintomatología, carecen de facultades en algunas áreas mentales que les impide un desarrollo normal en las relaciones personales y limitan su desempeño, es prudente aclarar que en ningún momento la discapacidad debe constreñir a las personas a una completa inutilidad para con la sociedad, ya que por el hecho de ser una persona posee la misma dignidad que cualquier otra persona que le permite perfeccionarse y crecer como un ser mas completo, con mayores y mejores aptitudes para consigo y la sociedad.

Las personas discapacitadas son capaces de desarrollar otras actividades y labores que impliquen otras áreas de su integridad como son las actividades físicas. Por estar limitado por una deficiencia mental no es posible excluir a la persona de la sociedad, puesto que estas personas poseen una dignidad e igualdad reconocida y llamada a proteger por el Estado y la misma comunidad.

Por otra parte, la practica de una labor, ha demostrado ampliamente que cumple con los fines terapéuticos necesarios para la conjunta mejoría física y cognitiva, lo que repercute no solo en su aspecto físico o material sino intelectual, moral y social; todas estas notas esenciales del hombre, que demuestran el valor de la

persona y su condición humana indistintamente de los accidentes propios de cada ser individualizado, pues éstos no reducen la calidad de persona o la dignidad propia de tal, sino que por el contrario sirven en un momento dado para explotar diversas facetas y observar la grandeza del ser para superarse y una vez mas para perfeccionarse ⁷⁵

Las personas con discapacidad están expuestas a situaciones de discriminación y exclusión social que les impide ejercitar sus derechos y libertades al igual que el resto, haciéndoles difícil participar plenamente en las actividades ordinarias de las sociedades en que viven, especialmente a nivel laboral. En las ultimas dos décadas, Colombia ha realizado un esfuerzo por cambiar el enfoque hacia las personas con discapacidad ha cambiado, dejando atrás la visión médica y caritativa hacia ellos, para comenzar a ver a las personas con discapacidad como sujetos portadores de derechos.

Este cambio ha estado respaldado por la Constitución Nacional que señala que todas las personas son dignas y por lo mismo iguales que merecen la misma protección y oportunidades, entre otros, el derecho a recibir una rehabilitación y adaptación social y laboral y escoger un trabajo digno y acorde con sus necesidades.

Es así como, el artículo 47 de la Carta Política determina que es obligación del Estado crear políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los discapacitados, en donde la rehabilitación debe se entendida como un proceso de duración limitada y con un objetivo definido, encaminado a permitir que el individuo alcance un nivel físico, mental y/o social funcional óptimo, proporcionándole así los medios de modificar su propia vida. Puede comprender medidas encaminadas a

⁷⁵ FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA, Estudio Nacional de Necesidades, Oferta y Demanda de Servicios de Rehabilitación, Bogotá: Ed. Colombia.2004. Págs. 23 y ss.

compensar la pérdida de una función o una limitación funcional y otras medidas encaminadas a facilitar ajustes o reajustes sociales⁷⁶.

Para que rehabilitación alcance estos fines es necesaria la cooperación de la comunidad, puesto que este es un proceso compensador multidisciplinario dirigido a lograr en el sujeto rehabilitado la máxima compensación y eficiencia en sus áreas física, sensorial, psicológica emocional, educativa, laboral y social. El hecho de que la rehabilitación constituya una necesidad y una exigencia social ha determinado que la misma sobrepase los límites puramente técnicos de una acción al servicio de la persona, para transformarse en una acción solidaria y política al servicio de la comunidad, en donde los factores económicos, legales y sociológicos alcanzan un especial papel.

Por esta razón la rehabilitación ordenada por la Constitución no solo es obligación del Estado sino exige una concientización y compromiso de la sociedad para lograrlo.

En concordancia con estos elementos y derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, el Estado aplicando el artículo 54 que establece que su obligación y de los empleadores es ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los discapacitados el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, es decir un plan de adaptación laboral.

La adaptación laboral es el paso siguiente a la rehabilitación y debe incluir un nuevo diseño de las herramientas, maquinarias, puestos de trabajo y entorno de trabajo en función de las necesidades de cada persona. También puede incluir la

⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=549>, Fecha de consulta: 29 de octubre de 2008.

introducción de ajustes en la organización del trabajo, los horarios de trabajo, el encadenamiento sucesivo de las tareas y la descomposición de éstas en sus elementos básicos.⁷⁷

Posterior a la rehabilitación y adaptación laboral tal como lo establece el artículo 47 de la Constitución Nacional, el Estado debe propender por la integración social.

La integración es la consecuencia del principio de normalización, es decir, el derecho de las personas con discapacidad a participar en todos los ámbitos de la sociedad recibiendo el apoyo que necesitan en el marco de las estructuras comunes de educación, salud, empleo, ocio y cultura, y servicios sociales, reconociéndoles los mismos derechos que el resto de la población⁷⁸.

3.3.1 Derecho al Trabajo. Constitucionalmente, uno de los derechos fundamentales que tiene toda persona, es el de poder trabajar:

Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Como se presenta, el derecho al trabajo es ciertamente un derecho humano pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana, un principio o un derecho fundamental del nuevo orden estatal.

Según el jurista Eduardo Cifuentes Muñoz que “el derecho al trabajo, por su parte, garantiza al individuo la posibilidad de ejercer libremente una actividad con miras a

⁷⁷ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes%20Sociales/080.pdf> Fecha de consulta: 28 de febrero de 2009.

⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=549>, Fecha de consulta: 29 de octubre de 2008.

asegurar su existencia material en un plano de sociabilidad. No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución, más que al trabajo como actividad abstracta, protege al trabajador y su dignidad. La creciente intervención del Estado en la esfera de la personalidad principalmente por la complejidad de la vida económica, el desempleo, el desarrollo de la tecnología, el marginamiento y la pobreza, ha llevado al Constituyente a consagrar y proteger este derecho fundamental de aplicación inmediata”⁷⁹

Así las cosas, el trabajo es necesario en la actualidad para formar y mantener una familia, adquirir el derecho a la propiedad y contribuir al bien común de la familia humana. Por esta razón, en una sociedad donde el derecho al trabajo no sea protegido o violado y donde las medidas de política económica no permitan a los trabajadores alcanzar niveles satisfactorios de vida, como lo establece la Doctrina Social de la Iglesia Católica, el Estado no puede conseguir su legitimación ética ni la justa paz social.⁸⁰

Las responsabilidades del Estado, en este aspecto son promover políticas que activen el empleo para personas discapacitadas, es decir, que favorezcan la creación de oportunidades de trabajo en el territorio nacional, incentivando para ello el mundo productivo.

Sin embargo, como lo afirma la Corte Constitucional en la ponencia de Fabio Morón Díaz en Sentencia T -008 de 1992, el deber del Estado no consiste tanto en asegurar directamente el derecho al trabajo de todos los ciudadanos, constriñendo

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 475 del 29 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁰ IGLESIA CATÓLICA. Papa León XIII. Encíclica Rerum Novarum, Op. cit. Pág. 34.

toda la vida económica y sofocando la libre iniciativa de las personas, sino garantizar el acceso a cargos según el mérito y capacidad⁸¹.

Ahora bien, los discapacitados como se ha resaltado en varias partes de este capítulo tienen el mismo derecho de acceder a un trabajo como cualquier otro de acuerdo con sus condiciones, por lo que el Estado y los particulares están obligados a ofrecer habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran (adaptación laboral) y garantizarles el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, necesariamente ha de concluirse que cuando se capacitan para acceder o reingresar al mercado laboral deben gozar de las mismas condiciones laborales de los demás trabajadores para que no se rompa el principio de igualdad, condiciones que obviamente incluyen los derechos derivados de la seguridad social.

Todas las anteriores son razones suficientes que justifican la creación de una política pública, clara y exigible que proteja y exhorte a la sociedad a integrar laboral y socialmente a los discapacitados.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

4. LEY 1306 DE 2009

4.1 SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DISCAPACITADOS EN COLOMBIA

Con base en los resultados del Censo de Población y Vivienda 2005 adelantado por el Departamento Nacional de Estadística, DANE⁸², se evidenció los siguientes resultados sobre la situación de la discapacidad en Colombia.

Figura 1. La discapacidad en Colombia

	Población	Prevalencia
Total personas censo 2005	41.242.948	
Total personas con por lo menos una limitación	2.632.255	6,4
Personas con limitaciones para ver	1.143.992	43,5
Personas con limitaciones para caminar	770.128	29,3
Personas con limitaciones para oír	454.822	17,3
Personas con limitaciones para usar brazos y manos	387.598	14,7
Personas con limitaciones para hablar	340.430	12,9
Personas con limitaciones para entender aprender	315.601	12,0
Personas con limitaciones para relacionarse con los demás	257.573	9,8
Personas con limitaciones para su autocuidado	247.113	9,4
Personas con otra limitación	494.683	18,8

Fuente. Censo de Población y Vivienda 2005

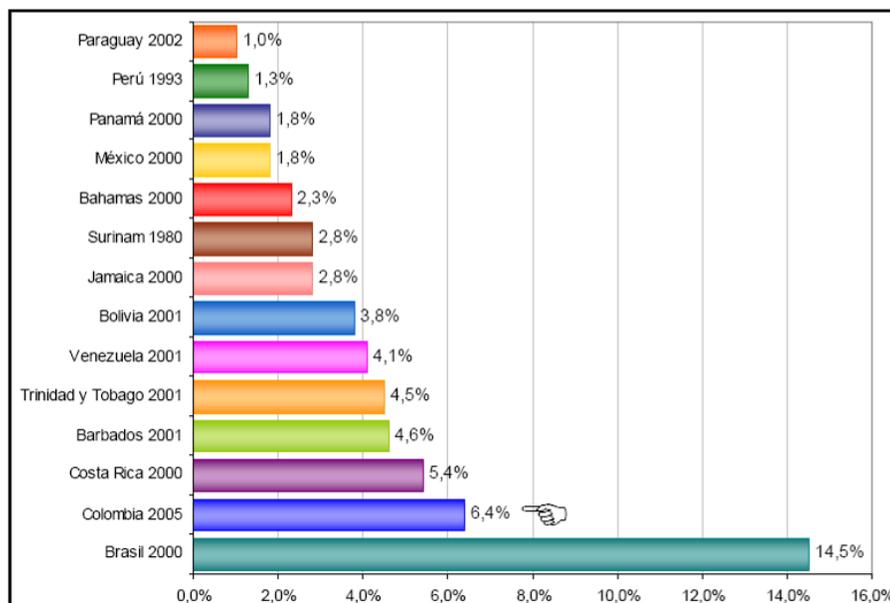
Por cada 100 colombianos, el Censo 2005 estableció que 6,4 colombianos presentan una o más limitaciones permanentes y que por cada 100 colombianos 12 tienen limitaciones para entender o aprender, ubicándose como los departamentos con mayor índice Vichada, Choco y Cesar. Así mismo, en Colombia 9,5 personas dentro de un grupo de 100 tienen problemas o limitación para autocuidarse evidenciándose nuevamente que Vichada, Cesar, Atlántico, Magdalena, San Andrés y Sucre son los lugares con mayor prevalencia de estos casos.

⁸² DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Censo General 2005. En http://www.dane.gov.co/censo/files/discapacidad/discapacidad_mundo.pdf Fecha de consulta 28 de junio de 2008.

Comparando los datos arrojados por las encuestas en países de Latinoamérica realizadas por el Banco Interamericano de Desarrollo⁸³ con la información del Censo de 2005, se presenta que Colombia cuenta con una de las mayores poblaciones con discapacidad dentro de la región.

Adicional a los datos registrados en el año 2005 en Colombia no existe un registro sistemático que permita precisar tanto la incidencia como la prevalencia de la condición de discapacidad en el nivel nacional. Se han dado avances en algunos municipios y departamentos, pero estos no son de manera generalizada y organizada. La debilidad en los sistemas de información dificulta la formulación correcta de políticas encaminadas a prevenir, rehabilitar e integrar socialmente a los discapacitados.

Figura 2. La discapacidad en el mundo



Fuente. Banco Interamericano de Desarrollo

⁸³ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. En: http://www.iadb.org/sds/soc/site_6215_s.htm Fecha de consulta: 13 de febrero de 2009.

Dado que las fuentes de información utilizadas en Colombia, salvo el Censo realizado por el DANE no son generales y unificadas se presume que estas adolecen de problemas de comparación entre sí y presentan limitaciones y diferencias de definición de la situación de discapacidad, de cobertura y metodología.

Por lo anterior, no es posible actualmente precisar la magnitud de la condición de discapacidad cognitiva y mental tal y como este documento la define, sus consecuencias y causas.

En otro aspecto relevante en la situación de los discapacitados y específicamente en los discapacitados cognitivos colombianos, es el actual interés por parte del Estado y de la sociedad colombiana por crear políticas claras para la prevención de la discapacidad.⁸⁴

El Gobierno y algunas entidades territoriales han creado y puesto en marcha de sistemas que permitan monitorear y vigilar las causas de enfermedades asociadas a discapacidad, así como en el desarrollo e implementación de estrategias preventivas en torno al ciclo vital de la personas y las familias, expresadas en la promoción de estilos de vida, actitudes y comportamientos saludables, estrategias de promoción como las escuelas saludables, la determinación de las principales causas de discapacidad, y la inversión en diferentes programas de prevención.

Sin embargo, para el Consejo Nacional de Política Económica y Social colombiano hacen falta acciones de prevención con evidencia de ser costo–efectivas y eficaces, que además se enfoquen en los determinantes económicos, culturales y

⁸⁴ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes%20Sociales/080.pdf> Fecha de consulta: 28 de febrero de 2009.

sociales. Las debilidades de los sistemas de vigilancia epidemiológica y la carencia de una gestión orientada a la administración y reducción de riesgos de acuerdo a su potencial para inducir daño y a la vulnerabilidad de la población, limitan el mejor conocimiento de la problemática, la eficiencia y eficacia de la inversión y los logros alcanzados⁸⁵.

Con respecto al trabajo, los discapacitados en general cuentan en este momento con algunos derechos reconocidos y protegidos legalmente y jurisprudencialmente, entre los cuales se encuentran:

- Las personas con discapacidad deben recibir salarios justos. Las personas con discapacidad que laboren en talleres de trabajo protegido, no pueden recibir un salario inferior a la mitad del salario mínimo legal vigente, a menos que se encuentre bajo terapia, caso en el cual podrá ser remunerado por debajo del 75% del salario mínimo legal vigente⁸⁶.

- Incentivando la vinculación de trabajadores con discapacidad. El Gobierno ofrecerá algunos beneficios para los empleadores que vinculen laboralmente a personas con limitaciones. Además el Ministerio de Desarrollo (Instituto de Fomento Industrial) creará incentivos para quienes constituyan empresas dedicadas a la producción de elementos que les permitan a los discapacitados desarrollar sus actividades cotidianas como sillas de ruedas, prótesis, muletas entre otros⁸⁷.

- Un empleado no puede ser despedido a causa de sus limitaciones. Si una persona con discapacidad es despedida por sus limitaciones, tiene derecho, al

⁸⁵ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes%20Sociales/080.pdf> Fecha de consulta: 28 de febrero de 2009.

⁸⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 361 del 18 de febrero de 1997. Artículo 32.

⁸⁷ *Ibíd.* Artículos 24, 30 y 34.

pago de una indemnización especial, equivalente a ciento ochenta (180) días de salario. (Ley 361 de 1997, artículo 25). Todos los patronos públicos o privados están obligados a reincorporar a los trabajadores con invalidez, en los cargos que desempeñaban antes de producirse el hecho.

Si la persona recupera su capacidad de trabajo, la existencia de una incapacidad permanente o parcial no será obstáculo para la reincorporación, si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñándolo.⁸⁸

- Las personas con discapacidad deben tener preferencias en las entidades públicas. Si hay empate entre una persona con discapacidad y una persona sin discapacidad, en un concurso para acceder a un cargo público, se preferirá al primero. (Ley 361 de 1997, artículo 26). Además las entidades estatales, deberán preferir en sus contratos, los bienes y servicios ofrecidos por entidades constituidas por personas con discapacidad. Lo mismo se aplicará al manejo de los conmutadores telefónicos de las entidades estatales. (Ley 361 de 1997, artículo 30).

- Los trabajadores con discapacidad pueden gozar de la pensión de invalidez. Según la Corte Constitucional el derecho a la pensión de invalidez es una de las formas de expresión del derecho a la seguridad social, la cual busca compensar la difícil situación ocasionada por la pérdida de la capacidad laboral mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud. Para la obtención de la pensión de vejez las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, requerirán únicamente haber cumplido 55 años de edad

⁸⁸ MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Decreto 2177 del 21 de septiembre de 1989. Capítulo IV, Artículo 16.

y haber cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social⁸⁹.

- Las madres trabajadoras que tengan hijos con discapacidad tienen el derecho especial de recibir la pensión de vejez a cualquier edad. En este caso la Corte Constitucional declara que las madres trabajadoras cuyo hijos menores de 18 años tengan una invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezcan en este estado y continúen como dependientes de la madre, tendrán derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que hayan cotizado al Sistema General de Pensiones al menos el mínimo de semanas exigido, sin embargo, si las madres vuelven a trabajar se suspende el beneficio.

Lo mismo se aplica respecto del padre que tiene la patria potestad del menor cuya madre ha muerto. (Ley 797 de 2003, parágrafo 4 del artículo 9 por el cual se reformó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

- Las personas con discapacidad que estén pensionadas pueden volver a trabajar sin perder su pensión. Si una persona con discapacidad que se encuentre pensionada, decide volver a trabajar en una empresa de servicio público o privado, seguirá recibiendo su mesada pensional sin ningún tipo de problema. (Ley 361 de 1997, artículo 33).

- Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir una pensión permanente en caso de muerte del pensionado. En este caso la Corte constitucional declara que en caso de muerte del pensionado, tendrán derecho a recibir la pensión de forma permanente, el cónyuge o compañero permanente, los hijos menores o con discapacidad, los padres o hermanos con discapacidad que dependen económicamente del pensionado, y se les harán los reajustes

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-144 del 30 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

pensionales y demás beneficios y obligaciones legales o convencionales consagradas a favor del pensionado.⁹⁰

A falta de otros beneficiarios, los hermanos con discapacidad que dependían económicamente del pensionado fallecido, tendrán calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. (Ley 797 de 2003, artículo 13 literal e, por el cual se reformó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993).

- El Estado colombiano debe establecer políticas para la readaptación laboral de las personas con discapacidad. El Estado debe dirigir una política de readaptación profesional y de empleo para las personas con discapacidad, con el fin de asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación, al alcance de todos, y de promover oportunidades de empleo para las mismas. Esta política deberá garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores en general. (Ley 82 de 1988, por la cual se aprobó el Convenio 159 de la OIT, Parte II, artículos 3 y 4)

Además el Estado Colombiano deberá esforzarse en asegurar la formación de asesores en materia de readaptación laboral y de otros profesionales calificados que se ocupen de la orientación y la formación profesional, la integración y el empleo de personas con discapacidad. (Ley 82 de 1988, por la cual se aprobó el Convenio 159 de la OIT, Parte III, artículo 9)

- Las empresas conformadas por personas con discapacidad pueden prestar sus servicios a otras empresas por medio de un convenio verbal. En este caso la Corte constitucional declara que si una empresa conformada por personas con discapacidad, presta sus servicios a otras empresas sin que exista un contrato laboral escrito, es decir, por un solo acuerdo o convenio verbal entre la empresa

⁹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 71 de 19 de diciembre de 1988. Artículos 3 y 10.

empleadora y la empresa trabajadora, ello no permite que ante una variación en las circunstancias se pueda romper tal acuerdo y se contrate a otra empresa debido a las condiciones laborales de las personas con discapacidad. (Sentencias T-798/99 y T-378/97)

- Las personas con discapacidad pueden recibir la pensión de sus padres en caso de fallecimiento. Una persona con discapacidad, que depende económicamente de sus padres, tendrá derecho a sustituirlos en el recibo de la pensión cuando fallezcan y no exista nadie con mejor derecho para reclamarla, no debe haber, en principio, reducción en la mesada pensional que recibían sus padres en vida.⁹¹

Sin embargo, es necesario no solo precisar en la situación de los discapacitados las garantías y logros, sino las dificultades que encuentran en Colombia. Entre las cuales se encuentran:

- Limitaciones en los sistemas de información, registro, vigilancia, evaluación y seguimiento de los riesgos y de la condición de discapacidad
- Desconocimiento de las características, suficiencia y eficacia de los mecanismos existentes para la prevención, mitigación y superación de la materialización del riesgo, a nivel individual y familiar
- Falta de articulación de competencias, estrategias y programas entre los diferentes sectores y niveles territoriales del Estado, y de éstos con las organizaciones de la sociedad civil
- Limitada capacidad de la comunidad y de la sociedad para hacer objetiva la percepción de que los riesgos no sólo afectan a los individuos en particular, sino

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516 del 19 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

que además tienen implicaciones económicas y sociales como colectivo, lo cual exige corresponsabilidad en el manejo de los problemas.

- En materia de empleo, más que el diseño de una política para la integración laboral de las personas con discapacidad, se trata de conjugar los elementos que permitan armonizar la política de empleo del país con el fin de garantizar el acceso a las oportunidades laborales en igualdad de condiciones para esta población.

Por estas 5 dificultades que tienen los discapacitados hoy en Colombia se ha visto la necesidad de crear una norma que garantice efectivamente los derechos y cree mecanismos para alcanzar su protección. A esta necesidad debe responder la Ley 1306 de 2009, que es estudio y análisis de este documento.

4.2 ANTECEDENTES

En la nueva realidad constitucional vigente desde 1991, se observan esfuerzos y elementos aislados, legislativos y judiciales, pero no una política única integral y globalizante del tema del discapacitado cognitivo. Dentro de la normatividad colombiana se evidencia que existe la necesidad de armonizar los conceptos de persona y trabajo, orientados y fundamentados en la dignidad humana de cada una de los individuos que desarrollan una actividad laboral remunerada, para así evitar un trato discriminatorio y desigual basado en condiciones accidentales de la persona, como lo es su discapacidad.

Este análisis se realizó basado en los archivos encontrados en la Biblioteca del Congreso Nacional colombiano e investigación del Doctor Hernán Olano García acerca de los discapacitados y la jurisprudencia colombiana⁹².

⁹² OLANO GARCÍA, Hernán. Los Discapacitados en jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: Persona y Bioética, Vol 5, No 13 (2001). Págs. 12 y ss.

4.2.1 Normativos. En la Constitución de 1991⁹³ están contemplados artículos como el 1, 2, 5, 12, 13, 25, 44, 45, 48, 49, 50, 54, 67, 68, 86 y 366, en donde se establecen, entre otros, algunos derechos fundamentales para la población en general. La Constitución consagra en su artículo 13, inciso último que, “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” y, de otra parte, el último inciso del artículo 68 consagra que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.”

Principalmente el artículo 47 hace una alusión concreta a los discapacitados cognitivos enunciando que, “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Por esta razón, en Colombia se han tomado una serie de medidas enfocadas a formular las pautas generales para las acciones del Gobierno en el campo de la discapacidad. Estas medidas están diseñadas en favor de la igualdad de oportunidades para todas las personas, sin discriminación alguna por estas razones.

En este sentido, se trata de garantizar la seguridad y bienestar para las personas con discapacidad cognitiva y mental en Colombia, permitiéndoles realizar plenamente su condición de persona.

En materia de discapacidad, el desarrollo normativo inició con la creación del Sistema Nacional de Rehabilitación contemplado en el Decreto 2358 de 1981,

⁹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007. Artículos 1, 2, 5, 12, 13, 25, 44, 45, 48, 49, 50, 54, 67, 68, 86 y 366.

siguió con las normas sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas consagradas en el Decreto 2177 de 1989. En cuanto a los antecedentes de formulación de planes relativos al tema de discapacidad, en 1995 se expidió el Documento CONPES 2761: “Política de Prevención y Atención a la Discapacidad”, cuyos objetivos fundamentales fueron el mejoramiento de la calidad de vida de los discapacitados en general y el logro de su integración social y económica⁹⁴.

La Ley 361 de 1997 “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación”⁹⁵, es reconocida como un importante avance en cuanto a la definición de un marco para el manejo de la discapacidad. Esta norma desarrolla diversos aspectos en relación con los derechos fundamentales de las personas con limitación y establece obligaciones y responsabilidades del Estado en sus diferentes niveles para que las personas que se encuentren en esta situación, puedan alcanzar “su completa realización personal y su total integración social”. Es así como la ley se ocupa de asuntos como la prevención, la educación, la rehabilitación, la integración laboral, el bienestar social y la accesibilidad.

De esta ley, el artículo 6 crea el “Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación” en calidad de “asesor institucional para el seguimiento y verificación de la puesta en marcha de las políticas, estrategias y programas que garanticen la integración social del limitado”, y se prevé la conformación de Grupos de Enlace Sectorial, con la participación de instituciones y entidades de naturaleza pública y privada.

También es importante mencionar la Ley 181 de 1995, la cual dicta disposiciones para el fomento del deporte asociado a las personas con discapacidad cognitiva y

⁹⁴ CONSEJERIA PRESIDENCIAL DE PROGRAMAS ESPECIALES, Apoyo a la discapacidad. En: http://cppe.presidencia.gov.co/apoyo/legislacion_discapacidad.asp Fecha de consulta: 12 de febrero de 2009

⁹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 361 del 7 de febrero de 1997.

mental orientando medidas tendientes a su rehabilitación e integración social, otorgándole dicha responsabilidad a Coldeportes⁹⁶; la Ley 582 de 2000, que define el deporte asociado de personas con limitaciones físicas, mentales o sensoriales, y constituye el Comité Paralímpico Colombiano como organismo superior de coordinación del deporte asociado para personas con limitaciones. El decreto 641 de 2001 reglamenta éste último a través de los clubes deportivos, ligas deportivas y federaciones deportivas para personas con discapacidad cognitiva y mental. También, el Decreto 2082 de 1996 que reglamenta la atención educativa para personas con limitaciones, entre ellas la cognitiva, y fundamenta sus principios en la integración educativa y en el establecimiento de aulas de apoyo especializadas en las entidades territoriales. Por último, el Decreto 276 de 2000 que modifica el Decreto 1068 de 1997 en cuanto a la conformación y funciones del Comité Consultivo Nacional y la conformación y funciones de los grupos de enlace sectorial.

⁹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 181 del 18 de enero de 1995.

4.2.2 Tratados y convenios internacionales. En el ámbito internacional, en especial desde los organismos del Sistema de las Naciones Unidas, se han promulgado diferentes textos como declaraciones, convenios, planes o recomendaciones, que contienen algunos planteamientos en relación con los derechos de las personas con discapacidad. Allí se señalan deberes de los Estados y de la sociedad para con ellos y se trazan lineamientos de acción para prevenir la discapacidad, brindar la atención y generar condiciones de integración social y de superación de cualquier forma de discriminación. Es preciso mencionar que muy pocos de ellos hacen alusiones específicas a las personas con discapacidad cognitiva y mental pues se refieren a la discapacidad como un todo, sin embargo, al no estar definidas pueden beneficiar a los diferentes tipos.^{97.}

Entre los tratados o convenios que Colombia ha acogido y ratificado es importante mencionar^{98.}:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ratificada mediante Ley 16 de 1972. Se habla sobre las medidas de protección al menor e igualdad ante la ley.
- Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. Ratificado mediante Ley 82 de 1988. La finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona discapacitada obtenga y conserve un empleo adecuado y que se promueva la integración de esta persona en la sociedad.

⁹⁷ SECRETARÍA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Los Derechos y dignidad de las personas con discapacidad. En: <http://www.un.org/spanish /disabilities/ default.asp?id=495>. Fecha de consulta: 23 de Noviembre de 2008.

⁹⁸ CONSEJERIA PRESIDENCIAL DE PROGRAMAS ESPECIALES., Op. Cit.

- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador - Ratificado mediante Ley 319 de 1996. Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de este tipo sin discriminación alguna para las diferentes poblaciones propensas a algún tipo de vulneración.

- Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991. Se establece que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad.

- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Ratificada mediante Ley 762 de 2002. Su objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad además de propiciar su plena integración en la sociedad.

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada por Colombia el día 30 de marzo de 2007. El objetivo principal de esta norma es, según el Presidente Comité Redactor es estipular en detalle los derechos de las personas con discapacidad y establecer un código de aplicación. Los Estados que se adhieren a la Convención se comprometen a adoptar y aplicar las políticas, leyes y medidas administrativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención y derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación.

4.2.3 Jurisprudencia. La Corte Constitucional, a través de múltiples pronunciamientos, ha reafirmado la posición del papel esencial del Estado en la protección de los derechos a la vida y la salud, especialmente.

En efecto, sostiene la Corte que “la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”, de suerte que el Estado y la sociedad deben proteger un mínimo vital⁹⁹. En el ordenamiento jurídico colombiano existen normas de rango constitucional, de derecho internacional y leyes y reglamentos que le atribuyen al Estado la función especial de proteger los derechos de los individuos menos aventajados de la sociedad.

También, la Corte Constitucional en esta sentencia estableció, “en el caso de quienes padecen trastorno mental, esta noción general de la salud implica, además de la prosecución de los aludidos objetivos generales de bienestar y estabilidad orgánica y funcional, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de una existencia adecuada (...) que no les pueden ser negadas, y ellas son las que resulten más convenientes y ajustadas a su disminuida condición física y mental.”¹⁰⁰ Debe recordarse entonces, que la salud constitucionalmente protegida no hace referencia únicamente a la integridad física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona. Se trata sin duda, de una garantía que está enraizada en el fundamento mismo del Estado Social de Derecho y que se concreta de diversas formas en los casos de quienes padecen dolencias particularmente gravosas. Es claro que el Estado tiene una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 del 13 de abril de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 5.

manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, más aún cuando el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas.

De igual forma, la Corte Constitucional se ha expresado en torno al principio de corresponsabilidad, que vincula a los propios pacientes de una limitación (en la medida de sus capacidades), a sus familias y al Estado en los esfuerzos de atención y cuidado de los discapacitados físicos, sensoriales y mentales.

En relación con lo anterior la Corte en Sentencia T-209 del 13 de abril de 1999¹⁰¹ manifiesta que “cierto es que en principio, la atención y protección de los enfermos son responsabilidades que emanan del principio de auto conservación y se atribuyen en primer término al propio afectado. Si esto no acontece, se esperaría que por su naturaleza estos deberes surgieran de manera espontánea en el seno del núcleo familiar, respaldados siempre en los lazos de afecto que unen a sus miembros. Pero de no ser así, y con el propósito de guardar la integridad del ordenamiento jurídico y social, es posible recurrir al poder estatal. Pero, no puede pensarse que se procura establecer una obligación absoluta y desconsiderada.

En otro aspecto, la Corte tuteló el derecho al trabajo justo y digno de un discapacitado, señalando que es un deber positivo de las autoridades públicas, que tiene su fundamento en la filosofía del Estado Social de Derecho, el hacer efectivo, concreto y práctico el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas para proteger a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta.¹⁰²

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-209 del 13 de abril de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-065 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Otro ejemplo de la protección de la Corte, es la Sentencia de Tutela T-441 de 1993¹⁰³, mediante la cual una persona discapacitada que laboraba en la Contraloría General de la República recibió protección constitucional de sus derechos fundamentales, al impedirse mediante el fallo su desvinculación del servicio público. Según la Corte Constitucional, cuando una entidad pública priva a un minusválido del derecho al trabajo, sin que medie causa justificada que vaya mucho más allá del simple uso del poder discrecional, desconoce la especial protección que debe brindar el Estado a las personas que se encuentran en circunstancias de inferioridad, actitud que vulnera los derechos a la igualdad y al trabajo.

Por otro lado, la Corte ha señalado que aquellas personas que el derecho penal ha denominado "inimputables" se encuentran en inferioridad de condiciones psíquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de su dignidad. Los inimputables poseen dignidad, pero sus especiales condiciones psíquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás:¹⁰⁴

Sin embargo, tal vez una de los pronunciamientos más representativos de Corte Constitucional respecto a la discapacidad y su relación con el trabajo, es la sentencia C- 810 de 2007¹⁰⁵, la cual señala que el derecho al trabajo de un discapacitado no es absoluto y que por ende tiene unas limitaciones para su protección efectiva. Estas limitaciones corresponden y se gradúan según su nivel de discapacidad. En palabras de la Corte: "...las medidas más habituales de

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 810 del 3 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

protección a los discapacitados encuentran un límite, ya que están concebidas para facilitar la incorporación laboral de personas con una afectación menos severa y quedan descartadas cuando se comprueba que la invalidez le impide a la persona cumplir cometidos de índole laboral y que, por lo tanto, es indispensable pensar en otras formas de protección del ingreso económico y de la integridad física y síquica del discapacitado...”

En esta misma sentencia, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 32 (parcial) de la Ley 361 de 1997, que establece que las personas con limitación que se encuentren laborando en talleres de trabajo protegido, no podrán ser remuneradas por debajo del 50% del salario mínimo legal vigente, excepto cuando el limitado se encuentre aún bajo terapia en cuyo caso no podrá ser remunerado por debajo del 75% del salario mínimo legal vigente; la Corte definió que se debe entender por talleres de trabajo y su función principal.

Según esta entidad, los talleres de trabajo protegidos son lugares en donde las personas con condiciones especiales cumplen labores destinadas a desarrollar habilidades laborales, bajo la orientación continua de instructores que supervisan constantemente las labores desempeñadas por las personas con habilidades mínimas. El objetivo último de los talleres de trabajo protegido es preparar a los discapacitados, según sus habilidades y en la medida de lo posible, para hacer la transición a un empleo ordinario, dependiente o independiente, permitiéndoles, mientras tanto, el desempeño de algunas actividades formativas que, genéricamente, se conocen como “trabajo protegido”, dado que tales actividades se cumplen en las condiciones especiales propias de los talleres de trabajo protegido.

En los talleres de trabajo protegidos no existe una relación laboral entre los discapacitados y el centro, puesto en estas instituciones no se tiene en cuenta las actividades cumplidas sino el carácter terapéutico que estas prestan a los

individuos limitados. De igual forma para la Corte el vínculo entre el minusválido y el taller no es de índole laboral ni obedece estrictamente a las características del contrato de trabajo, por cuanto el discapacitado es considerado beneficiario o usuario de los servicios prestados, más no trabajador.

Así las cosas, se debe afirmar que la gran mayoría de sentencias estudiadas a excepción del fallo de constitucionalidad, deja entrever que para hacer efectivos los derechos de los discapacitados se recurre de manera ordinaria y no extraordinaria al ejercicio de la tutela, contrariando la naturaleza de esta figura.

Sin embargo dicha protección judicial muestra vacíos normativos, falta de regulación legal, tanto así, que el idóneo para las situaciones referidas en dichas sentencias no ha sido la ley ni la acción judicial, sino la acción de tutela.

4.3 TRAMITE EN EL CONGRESO DE LA LEY 1309 DE 2009

Antes de la presentación del proyecto de ley que diera origen a la Ley 1306 de 2009, en uno de los intentos dirigidos a crear una política pública que refleje el interés del Estado en proteger a los discapacitados cognitivos, se encuentra en el fallido proyecto de ley 192 de 2007, que pretendió crear un sistema normativo frente al discapacitado de carácter cognitivo.

Este proyecto de ley fue escrito por la Senadora Martha Lucia Ramírez, quien lo radicó en el Congreso el día 14 de noviembre de 2007. Sin embargo, este proyecto de ley fue archivado en el año 2008 después de su primer debate en el Senado, donde su ponente fue la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos.

Dado el vacío legal que existían en su momento, se presenta ante la Cámara de Representantes, el proyecto de ley 49 de 2007 que acoge en su totalidad los postulados planteados en el proyecto de ley 192 de 2007.

Como autores de este nuevo proyecto se presentaron el Procurador General de la Nación Edgardo Maya Villazon, los Representantes a la Cámara David Luna Sánchez, Silva Amin Zamir, Germán Olano Becerra, Guillermo Rivera Flórez, Simon Gaviria Muñoz, William Vélez Meza, Sandra Rocío Ceballos, Jorge Humberto Mantilla Serrano y los Senadores Jairo Clopatofsky Guisays, Gina Parody D'echeona, Luis Fernando Velasco, Eduardo Enrique Maya, entre otros.

El motivo principal de este proyecto era modificar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues para sus autores planteaban que muchos empresarios se abstenían de contratar personas en situación de discapacidad, motivados en diversos fallos de los tribunales, que basados en una incorrecta interpretación del artículo en comento, considerando que un empleador no puede despedir a un trabajador en situación de incapacidad, así exista para este despido causales justificadas y aplicables. Al atribuir al artículo 26 una equivocada y supuesta protección, encaminada a impedir que el empleador pueda despedir con justa causa a un trabajador en situación de discapacidad, al igual que lo haría con cualquiera otro trabajador que no desempeñe adecuadamente sus funciones o incumpla el reglamento de trabajo, lejos de proteger a este tipo de trabajadores, les crea una barrera de ingreso al mundo laboral.

Los datos del curso de este proyecto de ley en la Cámara de Representantes y el Senado son:

No. Proyecto de Ley en Senado	288 de 2008
No. Proyecto de Ley en la Cámara	49 de 2007
Fecha de Radicación	1 de agosto de 2007

Radicado en	Cámara de Representante
Proyecto de Ley publicado en Gaceta	369 de 2007
Senadores Ponentes	Jesús Ignacio García Samuel Arrieta Hernán Andrade Serrano Javier Cáceres Gina Parody D'echeona
Representante Ponente	Carlos Arturo Piedrahita
Publicaciones en Gacetas:	

	SENADO	CÁMARA
Primer Debate	Gaceta 647 de 2008	Gaceta 480 de 2007
Segundo Debate	Gaceta 793 de 2008	Gaceta 181 de 2008
Aprobación Plenaria	Gaceta 148 de 2009	Mayo 6 de 2008
Informe de Conciliación	Gaceta 935 de 2008 15 de enero de 2008	

El día 27 de enero de 2009, el presidente Álvaro Uribe Vélez objetó dicha ley por considerarla inconveniente, confusa y costosa, devolviéndola así al Congreso¹⁰⁶.

Para el Gobierno, al menos cuatro artículos - 14, 16, 98 y 106 - del proyecto de Ley 049 de 2007 de la Cámara y 288 de 2008 del Senado, presentan graves problemas de constitucionalidad y de conveniencia.

La objeción presidencial principal tiene que ver con que vulnera la distribución constitucional de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo en materia de regulación financiera y dispone medidas que presionan el gasto, por ejemplo cuando ordena que Bienestar Familiar disponga de profesionales especializados

¹⁰⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Objeciones Presidenciales P.L. 49/07C-288/08S del 27 de enero de 2009.

para atender a los discapacitados mentales, lo que demandaría un aumento en el presupuesto anual, que no fue considerado anteriormente.

4.2.1 De las Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley. El Gobierno Nacional a través de su informe de objeciones del día 27 de enero de 2009, establece que los artículos 14, 16, 98 y 106 del Proyecto de Ley presentado son inconstitucionales por cuanto el Congreso, según su criterio, desconoció la naturaleza de las instituciones mencionadas en la iniciativa y la distribución constitucional de las competencias en materia de regulación financiera entre el Legislativo y el Ejecutivo. Además, afirmó en su momento, que por medio de esta ley se presiona el gasto destinado a la atención de la niñez y la adolescencia.

Como es de resorte de este estudio, el análisis respecto a los temas que involucran de manera directa al discapacitado mental en materia laboral, se expondrán de manera corta algunos aspectos que se consideran relevantes.

El artículo 14 rechazado por el Gobierno determina que debe haber una sección presupuestal independiente para “políticas, programas, proyectos e inversiones relacionados con la previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos”. En criterio del Ejecutivo, esa orden es inconstitucional, pues condiciona el Plan Nacional de Desarrollo y la ley anual de presupuesto, mediante una ley que no es orgánica.

Por otro lado, el artículo 16 – otro de los artículos objetados- establece que la determinación de la deficiencia mental estará a cargo de un equipo interdisciplinario de especialistas integrado por un médico general, un psicólogo, un terapeuta ocupacional, un trabajador social, un enfermo y un siquiatra.

Al respecto, según el Gobierno implementar ese grupo de profesionales costaría más de nueve mil millones de pesos anuales, recursos que no fueron previstos en la iniciativa y que amenazarían el cumplimiento de las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El artículo 98 indica que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá como nueva función la creación de un fondo de protección de los "pupilos", que según alega el Gobierno al no tener fuente de financiación tendría que ser financiado con cargo al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, disminuyendo los recursos destinados a la protección de la confianza del público en el sistema financiero.

Posterior a las objeciones presentadas por el Presidente de la República, el Proyecto de Ley fue devuelto al Congreso, en donde se aceptaron los considerandos del Ejecutivo.

Como es el objetivo principal de este trabajo, el análisis de la Ley 1306 de 2009, es de vital importancia presentar nuestras consideraciones, fortalezas y debilidades a la Ley respecto principalmente a la inclusión laboral de los discapacitados mentales.

4.4 ANÁLISIS CONCRETO AL PROYECTO DE LEY

La Ley está dividida en nueve (9) capítulos cuyo contenido puede explicarse así:

Capítulo Primero: Consideraciones preliminares.

En los artículos 1 a 14 se señala el objeto de la Ley que no es otro que la protección y la búsqueda de la inclusión social de las personas jurídicas individuales con discapacidad mental o que adoptan conductas que las inhabilitan

para su normal desempeño en la sociedad. Se ocupa el Legislador de relacionar una serie de principios que deben tenerse en cuenta en la aplicación de la Ley, principios que están contenidos en la Constitución Política de 1991 y que como ya se ha dicho, bien pudieron omitirse.

También señala la Ley en el Capítulo Primero, las obligaciones del Estado y de la sociedad respecto de las personas con discapacidad y, al respecto, el artículo 5º de la Ley indica:

Obligaciones respecto de las personas con discapacidad: “Son obligaciones de la sociedad y del Estado colombiano en relación con las personas con discapacidad mental: 1.- Garantizar el disfrute pleno de todos los derechos a las personas con discapacidad mental, de acuerdo a su capacidad de ejercicio; 2.- Prohibir, prevenir, investigar y sancionar toda forma de discriminación por razones de discapacidad; 3.- Proteger especialmente a las personas con discapacidad mental; 4.- Crear medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a las personas con discapacidad mental; 5.- Establecer medidas normativas y administrativas acorde a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos a favor de las personas en situación de discapacidad mental y las acciones necesarias para dar cumplimiento a los programas nacionales; 6.- Fomentar que las dependencias y organismos de los diferentes órdenes de gobierno trabajen en favor de la integración social de las personas con discapacidad mental; 7.- Establecer y desarrollar las políticas y acciones necesarias para dar cumplimiento a los programas nacionales en favor de las personas en situación de discapacidad mental; así como aquellas que garanticen la equidad e igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos”.

Por su parte el artículo 6º de la Ley establece que si bien es cierto que la protección de los discapacitados es obligación del Estado y de la sociedad, hay personas especialmente obligadas a proporcionar esa protección, tales: Los

padres, los cónyuges, los compañeros permanentes, los consanguíneos, los parientes civiles y las personas designadas por el Juez.

Se preocupa el Legislador en el Capítulo Primero de regular el trato que deben recibir los discapacitados mentales indígenas en cuanto que debe consultarse a las comunidades y acoger las recomendaciones que aquellas expresen siempre y cuando no contradigan los propósitos y objetivos de la Ley.

Según el artículo 14 de la Ley, toda persona está facultada para solicitar cualquier medida judicial tendiente a favorecer la condición personal del que sufre discapacidad mental. La persona solicitante puede actuar directamente por intermedio de los Defensores de Familia o del Ministerio Público.

Toda persona está facultada para ejercer la acción de tutela con miras a proteger los derechos fundamentales de los discapacitados mentales, pero las decisiones judiciales solo se podrán proferir previo peritazgo de la entidad designada por el gobierno nacional o, en su defecto, de un profesional médico.

Finalmente se señala que a partir de la vigencia de la Ley, el término “demente” debe sustituirse por la expresión “discapacitado mental absoluto”.

Capítulo Segundo: Personas con discapacidad mental.

Los artículos 15 a 47 se refieren a las personas con discapacidad mental y de ellas se señala:

- Incapaces absolutos: Son incapaces absolutos los que padecen discapacidad mental absoluta.

Los discapacitados mentales absolutos tendrán por domicilio el domicilio del representante legal, pero la residencia podrá ser fijada por ellos mismos si tienen

suficiente aptitud intelectual para ello y no ponen en peligro su integridad ni la de la comunidad; en caso contrario, la residencia la determina el guardador o las autoridades obligadas a proteger al incapaz.

Para el control de residencia y domicilio, la Ley ordena crear en las secretarías de salud de cada municipio y distrito un “libro de avecindamiento de personas con discapacidad mental absoluta”, libro que será reservado y solo puede consultarse con permiso del Juez o Defensor de Familia. Las secretarías de salud tienen un (1) año para crear este libro, establecer su funcionamiento e informar de ello a la Procuraduría General de la Nación; el incumplimiento de esta obligación constituye falta grave en materia disciplinaria.

La discapacidad mental absoluta se califica siguiendo los parámetros científicos adoptados por el comité consultivo nacional de las personas con limitaciones.

En principio, el discapacitado mental absoluto goza de libertad, pero si su conducta amerita internamiento, deberá agotarse el trámite señalado en los artículos 20 a 24 de la Ley que imponen la necesidad de realizar un peritazgo médico y obtener la autorización del Juez de Familia, quien debe ordenar que se interne por un período que no deberá exceder de un (1) año, período que podrá ser prorrogado por lapsos iguales indefinidamente. Si por extrema urgencia no hubiere tiempo de solicitar la autorización judicial, previo dictamen médico se puede ordenar que se interne al discapacitado por un lapso no mayor de dos (2) meses, a menos que el Juez a quien se le ha informado de la situación autorice la medida hasta por un (1) año.

La Ley señala que la manera jurídica de proteger al discapacitado mental absoluto es declarándolo en interdicción, medida que puede ser solicitada por cualquier persona y se admite la interdicción provisoria.

La medida de interdicción termina con otro trámite judicial que recibe el nombre de rehabilitación sin que ésta decisión haga tránsito a cosa juzgada, lo que significa que el rehabilitado puede volver a ser declarado en interdicción.

- Incapaces relativos: Son incapaces relativos los que padecen discapacidad mental relativa.

Los discapacitados mentales relativos tendrán por domicilio y residencia el que ellos escojan, pero para aquellos asuntos objeto de la inhabilitación, también lo será el domicilio de su guardador.

La discapacidad mental relativa será calificada por peritos designados por el Juez. El discapacitado mental relativo goza de libertad y frente a él no hay posibilidad de ordenar que sea internado en ninguna entidad médica.

La Ley señala que la manera jurídica de proteger al discapacitado mental relativo es inhabilitándolo para realizar actos y negocios jurídicos de carácter patrimonial. La medida de inhabilitación termina con otro trámite judicial que recibe el nombre de rehabilitación sin que ésta decisión haga tránsito a cosa juzgada, lo que significa que el rehabilitado puede volver a ser declarado inhábil.

En los artículos 40 a 46, la Ley se refiere a los procedimientos judiciales relacionados con los discapacitados mentales absolutos y relativos, modificando los artículos 5º del Decreto 2272 de 1989, 427, 649, 659, 655, 660 y 447 del Código Procedimiento Civil.

Las modificaciones de carácter procedimental se reducen fundamentalmente a cambios terminológicos; excepcionalmente, se refieren a aspectos de fondo, así:

- Se presenta una modificación en cuanto a la legitimación por activa para buscar la declaración de interdicción quedando facultada toda persona, en tanto que en la

legislación anterior sólo ocurría esto cuando se trataba de un “loco furioso” que causara notable inconveniente a los habitantes de una región.

- Se cambia el régimen del inventario porque a partir de la vigencia de la Ley este será elaborado por un experto contable y no por el guardador.
- Se suprime la formalidad de publicación en el Diario Oficial de las declaraciones de interdicción e inhabilitación.
- Se ordena reportar las declaraciones de interdicción e inhabilitación y las correspondientes rehabilitaciones a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Capítulo Tercero: Actuaciones jurídicas de interdictos e inhabilitados.

Los artículos 48 a 51 se refieren a las actuaciones jurídicas de los interdictos e inhabilitados para señalar que las actuaciones de aquellos están afectadas de nulidad absoluta y las de éstos, de nulidad relativa.

La Ley le da un especial tratamiento a las actuaciones jurídicas de Derecho de Familia porque el discapacitado mental relativo es plenamente capaz frente a los actos puros de familia y el incapaz absoluto puede verse inmerso en relaciones de familia que no exigen manifestación de voluntad como el caso de la procreación. Así mismo, la Ley se ocupa de señalar que si unos y otros realizan labores personales tendrán siempre derecho a una justa remuneración, salvo que el tercero demuestre que la gratuidad proviene de manifestación voluntaria, plena y consciente del discapacitado.

Capítulo Cuarto: De los guardadores y su gestión.

Los artículos 52 a 102 se refieren a los guardadores y a la gestión que ellos realizan. Allí se precisa lo siguiente:

- Son guardadores: Los curadores, los consejeros y los administradores.

- La Ley incluye en este régimen de guardas a los menores de edad emancipados y hace una referencia a la potestad parental prorrogada que evita que a los mayores de edad se les designe guardador.
- Tendrán curador los menores emancipados y los discapacitados mentales absolutos interdictos.
- Tendrán consejero los discapacitados mentales relativos inhabilitados.
- Tendrán administrador los discapacitados mentales absolutos interdictos y los menores emancipados, siempre. Los discapacitados mentales relativos, si así lo deciden ellos.
- La Ley trae una clasificación de las guardas, así:
Curadores y consejeros principales y suplentes, Curadores y consejeros permanentes e interinos, Administradores independientes y adjuntos, Administradores fiduciarios y naturales, Curadores generales y especiales, Curadores, consejeros y administradores testamentarios, Guardadores legítimos, Guardadores voluntarios, Guardadores dativos.
- La Ley establece que el cargo de guardador es obligatorio, salvo si se presentan causales de “incapacidad” o de excusa. Las primeras son circunstancias que la Ley señala para impedir que un sujeto ejerza la guarda y así evitar un perjuicio al pupilo. Las segundas, son circunstancias que le permiten al guardador no asumir el cargo o dejar el que ejerce.
- La no aceptación del cargo sin que medien causales de incapacidad o excusa trae consecuencias sancionatorias según lo establece el artículo 72 de la Ley, así:
Multa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales.
Los guardadores testamentarios o legítimos se tornan indignos para heredar al pupilo.
Los guardadores dativos serán excluidos de la lista de auxiliares de la justicia.
- La Ley regula lo atinente a la representación de los incapaces y determina el campo de acción de los guardadores. En cuanto a la representación, señala que los curadores tienen por mandato de Ley la representación de sus pupilos. Los

administradores no representan, como tampoco lo hace el consejero del discapacitado mental relativo a menos que éste le confiera poder.

En cuanto a la administración, la Ley establece que hay unos actos que el curador no puede realizar y otros donde requiere autorización judicial. Los artículos 92 y 93 se refieren a unos y otros, así:

Artículo 92. Actos prohibidos al curador: “No será lícito al curador: a) Dejar de aceptar actos gratuitos desinteresados en favor del pupilo. b) Invertir en papeles al portador los dineros del pupilo. Los títulos al portador o a la orden que tenga el pupilo se liquidarán y se sustituirán por títulos nominativos. c) Celebrar cualquier acto en el que tenga algún interés el mismo curador, su cónyuge, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de cualquier manera dé lugar a conflicto de intereses entre guardador y pupilo.

Parágrafo: Los actos en los que el guardador, su cónyuge o sus parientes, tengan interés serán celebrados por un guardador suplente o especial designado por el Juez y, en todo caso, requerirán autorización judicial”.

Artículo 93. Actos de curadores que requieren autorización: “El curador deberá obtener autorización judicial para realizar los siguientes actos, en representación de su pupilo: a) Las donaciones de bienes del pupilo, incluidos aquellos actos de renuncia al incremento del patrimonio del pupilo, con excepción de aquellos regalos moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos, y los dones manuales de poco valor. b) Los actos onerosos de carácter conmutativo, de disposición o de enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial, divisiones de comunidades, transacciones y compromisos distintos de los del giro ordinario de los negocios, cuya cuantía supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales. c) Las operaciones de crédito distintas de las mencionadas en el literal a) del artículo siguiente y el otorgamiento de garantías o fianzas y constitución de derechos reales principales o accesorios sobre bienes del pupilo, en favor de terceros, que no corresponda al giro ordinario de los negocios, en cuantía superior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, d) La enajenación de los bienes esenciales de una actividad empresarial cualquiera que sea su valor, salvo que se trate de la reposición de activos. Las operaciones de reposición de activos productivos, deberán constar por escrito y los dineros provenientes de la enajenación no podrán ser destinados a otros fines sin autorización judicial. e) El repudio de los actos gratuitos interesados o modales en favor del pupilo. Las herencias podrán ser aceptadas libremente, pero

se presumirá de Derecho que han sido aceptadas con beneficio de inventario. f) La imposición de obligaciones alimentarias y cualquier otra prestación de carácter solidario a favor de familiares o allegados. En ningún caso se destinarán bienes del pupilo a atender necesidades suntuarias de los beneficiarios”.

En razón de la administración, los guardadores tienen derecho a remuneración que no puede exceder de la décima parte de los frutos netos del patrimonio del pupilo.

Finalmente la Ley en este Capítulo Cuarto, regula el trámite para asumir la guarda, el cual se puede resumir en los siguientes pasos:

Establecida la designación del guardador, éste debe constituir una garantía que debe ser aprobada por el Juez.

Se debe elaborar un inventario de bienes del pupilo que, como ya se anotó, no lo realiza el guardador designado sino un auxiliar judicial contable.

Aprobado el inventario se le da posesión al guardador y se le hace entrega de los bienes.

Capítulo Quinto: De la cuenta y control de la gestión.

Los artículos 103 a 106 se refieren a la obligación que tienen los guardadores de rendir cuentas de su gestión, voluntariamente o ante requerimiento judicial.

Independiente del aspecto monetario, la Ley establece que los guardadores deben informar sobre el estado médico del pupilo y sobre todas las circunstancias que rodean el comportamiento personal del mismo.

Capítulo Sexto: De la responsabilidad de los guardadores.

Los artículos 107 a 110 se refieren a la responsabilidad de los guardadores señalando que ella es individual y que se extiende hasta la culpa leve, salvo norma en contrario.

Dentro del régimen de responsabilidad se señala que los guardadores deberán pagar un interés no inferior al DTF más 3 puntos sobre las sumas de dinero que queden a deber al pupilo. Si el resultado es inverso, esto es, si el pupilo queda a deber al guardador sólo se pagará un interés cuya tasa máxima es el DTF.

Los créditos del pupilo gozarán del privilegio que señala la Ley en el tema de la prelación de créditos.

Finalmente, señala la Ley que los derechos del guardador frente al pupilo y los de éste frente a aquel, originados en la guarda, prescriben en cuatro (4) años.

Capítulo Séptimo: De la terminación de las guardas.

Los artículos 111 a 113 consagran dos (2) tipos de causas para la terminación de las guardas:

Las causas que ponen fin a toda guarda son:

- La adquisición de capacidad por parte del pupilo.
- La muerte del pupilo.

Las causales que ponen fin a una guarda determinada son:

- La muerte del guardador.
- La incapacidad del guardador.
- La excusa aceptada.
- La asunción de funciones por el guardador principal o definitivo en relación con el guardador suplente o interino.
- La remoción del cargo. Puede darse por fraude o culpa grave en el ejercicio del cargo, por no rendir oportunamente las cuentas, por no realizar los inventarios

exigidos, por ineptitud manifiesta, por conducta inapropiada que pueda causar daño al pupilo. La remoción del guardador traer las consecuencias señaladas en el artículo 113.

Como consecuencias directas de lo anterior “El guardador removido será condenado a restituir la remuneración y recompensa testamentaria al pupilo, al pago de los perjuicios y perseguido criminalmente si su conducta se encuentra tipificada. Aquellas personas que hayan ejercido la guarda legítima del incapaz y sean convictos de dolo o culpa grave en la administración de los bienes del pupilo quedarán incapacitados para sucederle como legitimario o como heredero abintestato. Tendrán igual sanción los padres que por sentencia judicial, hayan sido condenados a la pérdida de la administración de los bienes de sus hijos sometidos a patria potestad en los términos del artículo 299 de Código Civil, y deberán restituir el usufructo que han devengado”.

Capítulo Octavo: De los administradores de bienes.

Los artículos 114 a 118 se refieren a los administradores de bienes que son los sujetos encargados de cuidar y administrar los bienes de los ausentes y de las herencias yacentes.

En lo que toca con los ausentes, el artículo 115 dispone:

Reglas sobre la administración de bienes del ausente: “La administración de bienes del ausente se someterá a las siguientes reglas especiales: 1.- Acción: Podrán provocar el nombramiento de administrador los parientes obligados a promover la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta y el Defensor de Familia. También podrán provocarla los acreedores, para que se les responda por sus obligaciones. Para este último efecto, el deudor que se oculta se mirará como ausente. 2.- Designación: El administrador será legítimo o en defecto dativo. Cuando la cuantía de los bienes productivos supere las cuantías establecidas en el artículo 59 de esta

ley o la complejidad de administración de estos lo amerite, el administrador será una sociedad fiduciaria. En todo caso, la tradición de los bienes del ausente la hará el Juez. 3.- Administración: El administrador obrará como los demás guardadores que administran bienes, pero no le será lícito alterar la forma de éstos, a menos que el Juez, con conocimiento de causa se lo autorice. 4.- Búsqueda del ausente: Corresponderá a las autoridades y al administrador, persona natural realizar todas las gestiones requeridas para dar con el paradero del ausente. 5.- Terminación de la guarda: La guarda termina por el regreso del ausente, por su muerte real o presunta o por el hecho de hacerse cargo un procurador debidamente constituido y por la extinción total de los bienes, La vigencia de la fiducia estará condicionada a las mismas causales”.

En lo que toca con la herencia yacente, el artículo 116 dispone:

Reglas sobre la administración de bienes de la herencia yacente: “La administración de bienes de la herencia yacente se someterá a las siguientes reglas especiales: 1.- Designación: El administrador será dativo. Cuando sea del caso se designará una sociedad fiduciaria. 2.- Administración y liquidación patrimonial: El administrador tendrá las mismas facultades y limitaciones del administrador de bienes del ausente. Cumplido el plazo establecido en el numeral 4° del artículo 582 del Código de Procedimiento Civil, el administrador procederá a la liquidación del patrimonio. Una vez pagados los acreedores del causante y descontados los gastos originados en ese proceso, así como la remuneración del curador, se entregará el saldo al Instituto de Bienestar Familiar. 3.- Acción de petición de herencia: El Instituto se apropiará inmediatamente de los valores recibidos, pero constituirá una provisión por si resulta condenado a restituir lo recibido a un heredero de mejor derecho. La restitución se limitará al principal corregido en la devaluación por el tiempo transcurrido entre la fecha que recibió los dineros y la de la restitución. 4.- Terminación de la guarda: La guarda termina por la aceptación de la herencia o por la entrega de los dineros producto de la liquidación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y por la extinción total de los bienes.

Parágrafo: Cuando el difunto tenga herederos en el extranjero, el cónsul de la nación donde éstos estén real o presuntamente domiciliados, podrá hacerse presente en el proceso, para que por su intermedio se notifique a los herederos, concediéndoles plazo para que se presenten a reclamar la herencia”.

Acerca de la herencia yacente hay que señalar que el trámite se ha vuelto inoperante porque el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) puede acudir a una vía más expedita para obtener el mismo resultado. La vía consiste en hacer valer su calidad de heredero conforme lo establece la Ley 29 de 1982.

La remuneración de estos curadores se rige por las Leyes aplicables a los auxiliares de la justicia.

Capítulo Noveno: De las derogatorias, modificaciones y vigencia.

Los artículos 119 y 120 se refieren a las derogatorias, modificaciones y vigencia, señalando que desaparecen del ordenamiento jurídico colombiano los artículos 261, 428 a 632 del Código Civil y las demás normas que sean contrarias a la Ley. Se modifican parcialmente los artículos 34 del Código Civil; 427, 447, 649, 655, 650 y 660 del Código de Procedimiento Civil; 5º del Decretos 2272 de 1989 y las demás normas que deban adecuarse al texto de la Ley.

La Ley 1306 de 2009 rige a partir de su promulgación que se dio el día 5 de junio de 2009 al aparecer en el Diario Oficial No. 47.371.

4.5 ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA LEY 1306 DE 2009

La Ley 1306 de 2009 surge en un momento coyuntural en Colombia, debido al marcado proteccionismo impuesto por la Ley 361 de 1997, la cual pretendió equiparar derechos a los discapacitados pero siendo mal interpretada por el operador judicial, arrojó resultados contraproducentes para la población sujeta del tema de estudio.

Esta norma es un intento por responder a las necesidades de la población con discapacidad cognitiva y mental, toda vez que en su espíritu busca proteger y

hacer efectivos los derechos de esta porción de la población, respondiendo al sentir propio del Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano.

Para su redacción se tuvo en cuenta principalmente la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad elaborado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (NU-DAES), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Unión Interparlamentaria (UIP) y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006. Colombia firmó la Convención y el Protocolo Facultativo el día 30 de marzo de 2007¹⁰⁷.

Según sus autores era necesaria una Ley para proteger a los discapacitados mentales en dos aspectos fundamentales: su situación personal y su patrimonio, puesto que el Código Civil no estaba acorde con los avances científicos ni con las técnicas de administración.

Respecto a esta apreciación es incuestionable que a nivel de administración patrimonial era necesaria una modificación al régimen del Código para crear mecanismos que evitaran que los guardadores, en un momento dado, pudieran dilapidar o desviar el patrimonio de los incapaces en beneficio de ellos o de terceras personas, pero consideramos que con la creación de esta ley no se respondiendo a la necesidad de proteger integralmente al discapacitado, porque si bien en Colombia antes de la vigencia de la ley, los discapacitados estaban protegidos de manera general por la Constitución, Código Civil, Código del Menor y los Tratados Internacionales, no se establecen en esta norma, mecanismos efectivos y eficaces que logren la protección y una futura integración social que debe ser el objetivo de una ley de estas características.

¹⁰⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

Si bien es cierto el patrimonio es para toda persona una fuente muy importante para lograr alcanzar sus metas personales, pero no se puede enfatizar que la protección del patrimonio se subsane las demás necesidades de un individuo, porque existen necesidades primordiales que hacen de la persona lo que realmente es y la dignifica, como por ejemplo, el trabajo; tema olvidado por los legisladores en esta ley.

A la luz del cuerpo de la ley y el sentir del legislador de modificar el régimen de la representación legal de los incapaces emancipados, se puede considerar que no era necesario crear una nueva ley que sustituyera el régimen de guardas del Código Civil y continuará con el vacío jurídico para la protección efectiva de los derechos de los discapacitados mentales.

No obstante y dado que la ley es una realidad en Colombia, debemos destacar como primer aspecto positivo de la Ley que trate de manera especial, aunque equivoca a los discapacitados mentales, por cuanto al tratar de buscar su protección e inclusión social, la rehabilitación y el bienestar del afectado, a través del ejercicio de las guardas, de las consejerías y de los sistemas de administración patrimonial, es un gran y primer avance para lograr su real integración a la sociedad.

Es de resaltar, de igual forma, que con la Ley 1306 se da cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia C- 1088 de 2004¹⁰⁸, en la cual la Corte Constitucional declara inexequibles las expresiones contenidas en el artículo 548 del Código Civil en lo relativo a las expresiones loco y demente, por cuanto ordena sustituir el término jurídico “demente” por la expresión “persona con discapacidad mental absoluta”.

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1088 del 3 de noviembre de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Estas expresiones contenidas en la legislación civil colombiana eran contrarias al principio de dignidad del ser humano y al derecho fundamental de la igualdad, porque según esta entidad una norma jurídica que se refiera a la discapacidad mental como “locura furiosa” y a quien la padece como “loco” y que lo haga aún en un momento de la historia en que tales expresiones han perdido toda significación clínica contribuyen a instrumentalizar y discriminar a las personas con discapacidad mental.¹⁰⁹

Otros aportes relevantes que trae la Ley 1306 de 2009 son:

- La regulación del manejo patrimonial por parte de los guardadores, porque se crean mecanismos de protección necesarios para evitar defraudaciones.
- Es positivo el tratamiento dado a los sujetos llamados “disipadores” o “discapacitados mentales relativos”.
- La adecuación de la normativa a nuevas instituciones civiles, como la unión marital de hecho, se resalta también como un aspecto positivo de la Ley.

Sin embargo para este grupo de Investigación la Ley 1306 de 2009 presenta más trae más aspectos negativos que positivos, pues consideramos que la aplicación del nuevo estatuto traerá un sinnúmero de problemas en perjuicio de los discapacitados.

- En primer lugar, se plantea que la norma definió erróneamente la Discapacidad Cognitiva relacionándola solo como la incapacidad de manejar su propio patrimonio, siendo que esta no solo está ligada con la capacidad de disponer económicamente de los bienes de una persona.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

La definición de discapacidad cognitiva y mental que debió incluirse en la Ley es la redactada por la Organización Mundial de la Salud, la cual señala que la Discapacidad Cognitiva es toda manifestación de alteraciones cerebrales que pueden tener causa en mecanismos genéticos anormales, en variables prenatales y del parto ó en circunstancias postnatales.¹¹⁰

- El segundo aspecto que constituye una de las dificultades más grandes que tienen los discapacitados es la falta de compromiso de la sociedad para con ellos y su familia, situación que la ley previó por cuanto no estableció obligaciones al Estado y a la Sociedad por separado, sino las equipara sin determinar a quien le corresponde su cumplimiento.

Por esta razón, es necesario plantear obligaciones específicas a la sociedad, pues es esta la responsable de que la rehabilitación tenga el resultado propuesto, el cual es la integración social. Cuando las personas discapacidad participan en la sociedad en sentido amplio y en la toma de decisiones que les afecten, entenderán que pueden ocupar un papel activo en sus propias vidas y en el seno de la comunidad. La integración social es un proceso bidireccional: las personas sin discapacidad deben mostrarse abiertas a la participación de las personas con discapacidad.¹¹¹

- En la ley se le otorga al Ministerio Público (Procuraduría) la obligación de vigilar a todas las personas que tienen a su cargo personas discapacitadas; demostrando así la disposición de la norma en tener un aspecto meramente coercitivo no motivador.

Esta vigilancia debe quedar a cargo del Ministerio de Protección Social, ya que es este el encargado de crear políticas públicas que ayuden al desarrollo integral del discapacitado. Para que una norma sea eficaz y efectiva es necesario crear

¹¹⁰ Cfr. Págs. 47 y siguientes del texto del presente trabajo

¹¹¹ Cfr. Págs. 48 y siguientes del texto del presente trabajo.

mecanismo que incentiven su cumplimiento, más no sanciones que castiguen su omisión, papel que desempeñaría la Procuraduría si no se hiciera modificación planteada.

- Crea una confusión entre los principios reguladores de la norma y su interpretación con los derechos fundamentales que tienen las personas con discapacidad mental.

Para la ley no existe diferencia entre un derecho y principio, lo cual es necesario distinguir por cuanto los principios son máximos postulados a los cuales debe propender la persona para alcanzar su fin ultimo; en cambio los derechos son un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada¹¹².

- No establece posiciones y políticas claras sobre la rehabilitación laboral de los discapacitados.

- Se habla de manera errada sobre discapacidad absoluta y relativa, cuando no se puede afirmar que una persona este limitada rotundamente a desarrollar una actividad por causa de una perturbación mental.

- Los tipos de discapacidad y cuando se está en presencia de uno de ellos se relaciona únicamente con la capacidad de manejo del patrimonio del individuo, no a su estado de salud y su capacidad de comprensión.

- En la Ley se omite del término “sordomudo” y la abolición de todas las normas referentes a él, asimilándolo al discapacitado mental absoluto, lo que no corresponde desde el punto de vista médico.

¹¹² GARCÍA SIERRA, Pelayo. Diccionario Filosófico. Madrid: Biblioteca Filosofía en español, 2001. Págs. 32 y 102.

- La omisión de las personas jurídicas individuales del mismo sexo que conviven, de manera permanente y singular, como sujetos que pueden desempeñar el cargo de guardador, recíprocamente entre ellas. No obstante el silencio del legislador, habrá que entender que ellas tienen los mismos derechos y obligaciones establecidos en la Ley 1306 para los cónyuges y compañeros permanentes en torno a las afectaciones y a las guardas.

- El inciso final del artículo 12 señala que los individuos con discapacidad mental quedan relevados de cumplir los deberes religiosos cuando quiera que ellos puedan afectar su salud o agravar su situación. El Estado colombiano no tiene potestad para regular asuntos exclusivos de las religiones.

- El párrafo del artículo 6º muestra la confusión que tiene el Legislador respecto de la clasificación del parentesco y de la familia. La norma es del siguiente tenor:

“Parágrafo. Cuando en la presente Ley, se mencione al cónyuge o los parientes afines, se entenderán incluidos quienes, de acuerdo con la Constitución Política y la ley, tengan tal condición en la familia extramatrimonial y civil. Cuando existan en una posición dos o más personas excluyentes entre sí, el juez preferirá a la persona que haya permanecido en último lugar con el sujeto, sin perjuicio de sus facultades de selección”. (Subrayado fuera del texto)

Debe recordarse que en Colombia hay familia matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. Igualmente debe recordarse que el parentesco puede ser de consanguinidad, de afinidad o civil, categorías que no se entremezclan frente a la clasificación de la familia.

- Reconoce derechos ya otorgados en la Constitución Nacional, ejemplo el acceso por medio de tutela y acciones populares para la protección de los derechos.

El inciso segundo del artículo 14 establece:

“La Acción de Tutela tiene cabida cuando se trate de defender los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, pero los jueces tomarán sus decisiones luego de haber escuchado a los peritos de la entidad designada por el Gobierno Nacional de conformidad con lo dispuesto en artículo 16 de la presente Ley o a un profesional médico cuando éstos no existan en el lugar”.

En primer lugar, hay que señalar que la norma consagra una tutela por agente oficioso cuando se trate de defender los derechos fundamentales de una persona con discapacidad mental.

En segundo lugar hay que entender que la norma se refiere a personas con discapacidad, pero no interdictas; el dictamen médico previo, a que se refiere la norma, deberá versar sobre el estado mental del sujeto cuyo derecho fundamental ha sido violado o amenazado.

- El artículo 16 de la Ley hace referencia a los actos de otras personas con discapacidad con discapacidad temporal, estableciendo que la valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá rigiendo por las reglas ordinarias”.

Siendo coherentes con esta postura, se debe pregunta para la ley y esperar un desarrollo jurisprudencial por este vacío normativo quienes son los sujetos que sufren trastornos temporales y cuáles son las normas ordinarias que siguen rigiendo.

- El artículo 19 crea una situación problemática cuando escinde la regulación del domicilio y de la residencia de las personas con discapacidad mental absoluta. Era mucho más claro, preciso y seguro el régimen del Código Civil que trataba como una unidad las dos instituciones. El artículo es del siguiente tenor:

Domicilio y residencia: “Los sujetos con discapacidad mental absoluta tendrán el domicilio de su representante legal o guardador. La persona con discapacidad mental fijará su lugar de residencia si tiene suficiente aptitud intelectual para ese efecto y no pone en riesgo su integridad personal o la de la comunidad, en caso contrario la residencia será determinada por el guardador, salvo que las autoridades competentes dispongan en contrario. El cambio de residencia permanente a otro municipio o distrito y la salida al exterior deberán ser informados al Defensor de Familia con una antelación no inferior a quince (15) días a dicho cambio. El Defensor de Familia dará traslado al Juez de Familia que tiene a su cargo el expediente del que tiene discapacidad mental absoluta y al funcionario del Registro Civil del lugar donde repose el registro civil de nacimiento, para lo de su cargo.: En Secretarías de Salud de los municipios o distritos, se llevará un Libro de Vecindamiento de Personas con discapacidad mental absoluta, en el que se hará constar el lugar de residencia de éstas. Este libro será reservado y sólo podrá ser consultado con permiso del Juez o del Defensor de Familia. Cualquier persona que tenga conocimiento de que una persona con discapacidad mental absoluta reside o ha dejado de residir en la jurisdicción de un municipio, deberá denunciar el hecho ante el Secretario de Salud Municipal o Distrital, para que, previa su verificación, asiente la información correspondiente e informe al Juez de Familia. Los Secretarios de Salud de los Municipios y Distritos dispondrán lo pertinente para poner en funcionamiento el Libro de Vecindamiento de que trata este artículo, dentro del año siguiente a la a la entrada en vigencia de la presente Ley y lo informarán a la Procuraduría General de la Nación. El incumplimiento de la obligación de abrir el libro en el plazo fijado o no llevarlo en debida forma será considerado falta grave en materia disciplinaria, sin perjuicio de tener que cumplir la obligación pertinente”.

- El artículo 47 olvida la necesidad del registro en el Libro de Varios de manera previa al registro en el Libro de Nacimiento. Pese a la omisión, en una interpretación integral ha de considerarse que las providencias de interdicción y rehabilitación deberán inscribirse en el Libro de Varios y luego en los demás registros.

- El artículo 51 establece competencias para que los jueces de familia regulen aspectos laborales; lo técnico era haber remitido los asuntos a los jueces laborales.
- La Ley utiliza, de manera antitécnica, la expresión “incapacidades” cuando debió hablar de “inhabilidades” o “prohibiciones” para señalar que hay personas jurídicas individuales a quienes en un momento determinado no se les permite ejercer guarda.

Adicionalmente a lo anotado, se considera que esta Ley trata equivocada el concepto de igualdad, puesto que equipara la situación de un discapacitado con la situación que vive normalmente una persona sin limitaciones.

En este aspecto, es importante resaltar como se discutió al inicio de este trabajo que el principio de igualdad ante la ley debe correlacionarse con el principio de la diversidad o variedad que tiene especial incidencia en este caso y que es la base de una sociedad plural.

Es bien conocido por todos, que el derecho a la igualdad de las personas no se traduce en el idéntico tratamiento que debe dar el Estado a las personas con circunstancias especiales y particulares, lo cual no es otra cosa que el igualitarismo, sino por el contrario, es a partir del tratamiento desigual que se contiene la igualdad.

En cuanto se refiere al derecho a la igualdad frente al legislador, ha expresado la Sentencia T-422 de 1992¹¹³:

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 422 del 19 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De otra parte, los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo discriminado de la facultad legislativa o de la discrecional atribuida a la administración.

Por esto se considera que la Ley en estudio debe establecer más que un igualitarismo, los medios aptos para lograr en la mayor medida posible; una situación de igualdad de oportunidades en la obtención de cierto y determinado ejercicio de un derecho, como es el del trabajo.

Por tal razón se plasma a continuación un análisis del aspecto laboral del Discapacitado en Colombia y las necesidades que debió recoger la Ley 1306 de 2009 para poder efectivamente proteger al Discapacitado cognitivo y su familia.

4.6 DE LAS NECESIDADES DE LA LEGISLACIÓN LABORAL PARA LOS DISCAPACITADOS MENTALES

En Colombia, históricamente la tasa de desempleo de la población con discapacidad cuadruplica los índices de desempleo de la población en general, la cual alcanza el índice del 62%.¹¹⁴

El modelo de desarrollo económico del país se fundamenta en sectores como la construcción, los hidrocarburos, textiles y el sector agropecuario, en los cuales son mínimas las oportunidades laborales para la población con discapacidad. Igualmente La reducción del tamaño del Estado es otro factor que ha incidido en el nivel de desempleo de esta población, ya que es una fuente importante para su incorporación laboral dadas las garantías administrativas de poder aplicar a los cargos que se convoquen.

De igual forma, la baja promoción educativa repercute en el nivel de competitividad; las entidades de educación para el trabajo, tienen bajas coberturas de atención, en función de la oferta laboral oportuna y consecuente para la población con discapacidad o para el fomento empresarial.

Otros problemas que tienen los Discapacitados en Colombia son:

- Desconocimiento de la ley por parte de los empleadores.
- Limitación de las ofertas laborales.
- Desconocimiento de los perfiles ocupacionales de la población con discapacidad.

¹¹⁴ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Boletín Inactividad Diciembre 2009 a Febrero 2010. En http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/Presentacion_inactividad_dic09_feb_10.pdf Fecha de consulta 28 de marzo de 2010.

- Falta de rehabilitación a nivel personal que favorezca la inserción laboral.
- Falta de programas de capacitación y formación de microempresas en donde se integre la población con discapacidad

Buscando mejorar la situación de los Discapacitados Mentales en Colombia se debe implementar en primera instancia medidas que motiven a los empleadores para contratar personas con discapacidad cognitiva y mental y que ellos puedan en primera medida ejercer derechos que de suyo ya tienen, segundo promover la rehabilitación y tercero y más importante respetar su dignidad como persona capaz de trabajar y sobre todo de ser parte de la sociedad.

Para lograr estos propósitos y crear una efectiva y eficaz política de integración laboral a los discapacitados mentales, deben contener como mínimos los siguientes principios:¹¹⁵

- Normalización entendida como la incorporación de la dimensión “discapacidad e integración sociolaboral” en todas las políticas sociales y económicas.
- Equiparación de oportunidades dirigida a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.
- No discriminación. La Constitución Nacional en sus artículos 13, 42, 47, 54 y 68, establece el principio de no discriminación, reconoce las obligaciones del Estado para con las personas con discapacidad y define el marco para desarrollos legislativos posteriores. Permite además, definir elementos de una política general

¹¹⁵ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: [http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion /Conpes%20Sociales/080.pdf](http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion%20Sociales/080.pdf) Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010.

para coordinar acciones integrales, multisectoriales y multidisciplinarias, orientadas hacia la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.

- Concertación. Se basa en el desarrollo de una nueva cultura sobre el trabajo, la convivencia, el respeto, la tolerancia, la igualdad y equiparación de oportunidades, nuevas aptitudes y compromisos respecto de los fines y propósitos comunes en el presente y futuro de una sociedad.

- Descentralización y Autonomía. Son los municipios quienes entran a desempeñar un papel importante como ejecutores de la política social, y entre ellos la promoción del empleo y el desarrollo económico local, permitiendo que los diferentes sectores y grupos de población se conviertan en entes dinamizadores de la actividad económica.

Como segundo elemento fundamental para mejorar la Política de Integración Laboral se crear estrategias a nivel nacional y local para poder darle solución a los problemas de los Discapacitados Mentales.¹¹⁶

Las Estrategias Nacionales deben ser las encargadas de formular, adoptar y promover las medidas necesarias, para que se incorpore a los discapacitados, en este caso a los discapacitados mentales de manera específica en los planes, programas, proyectos, estrategias y acciones de las instituciones u organizaciones públicas o privadas que manejen los temas de empleo, trabajo, seguridad social, formación profesional y desarrollo empresarial, en el marco de equiparación de oportunidades, conservando la igualdad de los desiguales.

¹¹⁶ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, Bases para la Formación de una Política Pública en Discapacidad para el Periodo 2003-2006, Bogotá, 2003, Págs. 5 y ss.

A nivel regional y local, gracias al principio de autonomía local, y la descentralización, los municipios y departamentos juegan un papel importante como ejecutores de la política social. Lo anterior, permite a los municipios convertirse en espacios de participación entre los diferentes sectores y grupos de población, así como entes dinamizadores de la actividad económica.

En términos generales, se hace necesario impulsar una cultura empresarial participativa, estimulada a partir de la aplicación de una política descentralizada que fomente el equilibrio regional, acorde con las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales y ambientales específicas de un territorio, de tal forma que las políticas que se formulen, respondan efectivamente a las condiciones de los municipios y regiones.

La Ley 715 de 2.001 determina las competencias de las entidades territoriales como los promotores del desarrollo económico y social dentro de su territorio, correspondiéndole promover y fomentar la participación de las entidades privadas, comunitarias y sin ánimo de lucro en la prestación de servicios.

El desarrollo de acciones que conlleven a la Integración Laboral de las personas con discapacidad mental, se puede determinar en tres (3) momentos, donde se definen responsabilidades y corresponsabilidades de los entes gubernamentales y no gubernamentales que deben intervenir. En el siguiente cuadro, se señalan las responsabilidades.

Tabla 1. Responsabilidades en la Integración laboral de las personas con discapacidad

ETAPA	RESPONSABLE	CORRESPONSABLE
INICIAL La persona ha tenido el proceso de rehabilitación y readaptación	Entes Territoriales, Comités de Salud Ocupacional, sector privado, Organizaciones	Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Administradoras de Riesgos Profesionales,

profesional	No Gubernamentales.	Comités de Salud Ocupacional, Entidades Prestadoras de Servicios de Rehabilitación Profesional a nivel Local, Organizaciones de y para la discapacidad.
INTERMEDIO Capacitación para el trabajo.	Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Centros de Educación y Formación para el trabajo públicas y privadas.	Ministerios, Entes territoriales, SENA, Comité de Integración Laboral y Social, Gobierno Nacional y Local, Organizaciones de y para las personas con discapacidad.
FINAL Integración Laboral para las personas con discapacidad mental en el mercado de trabajo.	Servicio Público de Empleo – SENA, Empresarios, Gremios, Ministerios, Sindicatos, Entes Territoriales, Consejo de Política Social, Organizaciones de y para las personas con discapacidad.	Departamento Nacional de Planeación, Comité Consultivo Nacional de las personas con Discapacidad, Grupo de Enlace Sectorial de Integración Laboral, Oficinas de Planeación Departamental y Municipal.

Fuente: Rehabilitación integral para el desarrollo Familiar, ocupacional y social de las personas con discapacidad, Presidencia de la República, 2002.

Así las cosas, es evidente la participación de entidades de diferentes actividades para poder implementar las estrategias nacionales y locales para mejorar la condición de los individuos con limitaciones mentales, la integración laboral no es posible sin el apoyo de las instituciones educativas, entidades de salud y entidades gubernamentales.

Como estrategias tanto nacionales como locales que deben implementarse de manera inmediata se pueden citar, las siguientes acciones a desarrollar:

- Formulación y Construcción de una política pública sobre los Discapacitados Mentales.
- Inclusión del tema en los consejos de política social y en las agendas públicas

- Conformación y /o fortalecimiento del comité departamental y municipal de discapacidad mental (Ley 1145)
- Socialización de las acciones, debilidades y fortalezas adelantadas por el comité departamental de discapacidad de manera que permita articular las diferentes instancias.
- Adelantar acciones de formación con sus profesionales en el abordaje de la población con discapacidad
- Realizar convenios empresariales.
- Establecer perfiles ocupacionales con coordinación con el IDREC y las Universidades.
- La población con discapacidad sea incluida y tenida en cuenta como agentes informativos o formativos que apoyen brigadas de sensibilización y formación en las escuelas y la comunidad educativa.
- Exigir a las entidades privadas la aplicación de estas normas.
- Exigir a ICBF que incluya en estos programas a la población con discapacidad
- Establecer alianzas con los medios y realizar capacitaciones en lo relacionado con discapacidad
- Apoyo a las instituciones en la presentación de programas.
- Revisar la presentación de proyectos y programas desde las diferentes instituciones y fundaciones.
- Articular con las universidades la formación de profesionales en todas las áreas.
- Alianzas específicas del SENA con empresas para generar inserción laboral.
- Conformación de un comité de apoyo a las personas con discapacidad en procesos de inserción laboral.
- Toma de decisiones construcción de cursos con base en perfiles ocupacionales.
- Promover acciones comunicativas que sirvan de sensibilización e información a la inserción laboral.
- Fortalecimiento de los sujetos y las asociaciones
- Fortalecimiento de redes sociales de apoyo a la población con discapacidad.

Es preciso resalta en este momento, que a el Gobierno colombiano en un esfuerzo por mejorar el acceso al trabajo y como estrategia nacional le ofrece a los empleadores gozar de algunos beneficios tributarios por la contratación de personas con discapacidad, todo esto en correlación a su responsabilidad social.

La responsabilidad social empresarial consiste en que el sector empresarial participe activamente en la solución de los problemas sociales a través de un manejo ético de la empresa que implica: realización de obras sociales, la equidad de género dentro de la empresa, el respeto y protección a los derechos de los trabajadores, o el respeto al medio ambiente.¹¹⁷

Una de las acciones con las cuales una empresa puede aportar positivamente a la sociedad y con su país puede ser por medio de la vinculación socio-laboral de personas con discapacidad. Está integración puede ser a través de contrato de aprendizaje, contrato de trabajo, o con la contratación mediante outsourcing de alguno de los procesos productivos de la empresa.

Esto no solo beneficia a esta población vulnerable o al país sino también a las empresas, pues las políticas sociales del Gobierno ofrecen múltiples beneficios para aquellos empresarios que decidan cooperar y articularse en este proceso.

A continuación se presentarán las leyes que garantizan beneficios a los empresarios que incluyan en su personal personas con discapacidad y las condiciones para acceder a dichos beneficios:

Tabla 2 Beneficios a Empleadores de Discapacitados

FUNDAMENTO LEGAL	CONDICIONES	BENEFICIOS Y GARANTIAS
------------------	-------------	------------------------

¹¹⁷ CENTRO COLOMBIANO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL. En: www.ccre.org.co/upload/2art03_g.pdf , Fecha de consulta: 3 de abril de 2010

<p>Artículo 24 de la Ley 361 de 1997</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tener por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en condiciones de discapacidad, certificada en la oficina de trabajo de la respectiva zona. - Que hayan sido contratados por lo menos con anterioridad a un año. - Que permanezcan en la empresa por un lapso igual al de la contratación. 	<p>Preferencia en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos sean estos públicos o privados.</p>
<p>Artículo 24 de la Ley 361 de 1997</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Orientar estos créditos y subvenciones al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con discapacidad. 	<p>Prelación en el otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales.</p>
<p>Artículo 24 de la Ley 361 de 1997</p>		<p>Bajas tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adaptados o destinados al manejo de personas con limitación.</p>

<p>Artículo 31 de la Ley 361 de 1997</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ocupar trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada. - Que el empleador este obligado a presentar declaración de renta y complementarios. 	<p>Deducción de la renta del 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o periodo gravable a los trabajadores con discapacidad, mientras esta subsista.</p>
<p>Artículo 31 de la Ley 361 de 1997</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contratar aprendices que sean personas con discapacidad comprobada no inferior al 25% 	<p>Disminución del 50% en la cuota de aprendices que está obligado a contratar el empleador.</p>
<p>Artículo 13 de la Ley 789 de 2002</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Vincular trabajadores adicionales a los que tenía en promedio en el año 2002. - Entre estos trabajadores se deben encontrar personas con discapacidad no inferior al 25% debidamente calificada por la entidad competente. - Que estos trabajadores no devenguen más de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. 	<p>Exclusión del pago de los correspondientes aportes a Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.</p>

Fuente: Ley 361 de 1997 y Ley 789 de 2002

No obstante estos esfuerzos de exoneraciones tributarias y la promulgación de estrategias son necesarias medidas urgentes de choque con el fin de mejorar los ingresos de ésta población, vinculándola al sector formal de la economía. Las medidas y normas existentes en el país no han reducido su nivel de desempleo.

118

Por lo que a continuación este grupo de investigación propone algunas medidas que deben tenerse en cuenta para mejorar esta situación.

- Se propone la adopción de una cuota de empleo para población con discapacidad del 2% de la nómina, para toda empresa que tenga más de 50 empleados, sosteniendo los beneficios tributarios establecidos en leyes actuales. Con esta figura, verdaderamente los países desarrollados y en vía de desarrollo como Brasil, han logrado la efectiva vinculación laboral de la población.

- Es importante crear el Fondo Social Nacional para la atención de la Discapacidad, que tendría como fin gestionar y administrar los recursos públicos y privados y de cooperación Nacional e Internacional y donaciones que se recauden. Estarán destinados a financiar la generación de micro empresas asistidas, dichos recursos pueden ser gestionados a través de porcentajes de impuestos ya existentes, como el impuesto a las armas y un porcentaje del SOAT.

- Programas de ubicación laboral.

- El ingreso a un empleo remunerado en el sector público o privado de una persona con discapacidad cognitiva y mental que se encuentre pensionada por cualquier razón legal, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional. En caso de tratarse de una persona con discapacidad cognitiva y

¹¹⁸ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes%20Sociales/080.pdf> Fecha de consulta: 28 de febrero de 2010.

mental relativa, podrá suspenderse la mesada pensional siempre y cuando se evidencie a través de un proceso administrativo ante el Ministerio de Protección Social con presencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que el empleo desempeñado por el discapacitado es suficiente para soportar su mantenimiento y adecuado bienestar; si desaparece las condiciones que dieron lugar a las suspensión de la mesada pensional, es obligación de la entidad competente reiniciarla.

- La afiliación de los aprendices y el pago de aportes se cumplirán plenamente por parte del empleador. Durante el periodo de vinculación del aprendiz o discapacitado cognitivo, estará cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud y la cotización será cubierta plenamente por la empresa pública o privada, sobre la base de una remuneración justa al trabajo desarrollado.

- Modificar el 32 de la Ley 361 de 1997, el cual quedará así:

Artículo 32. – Las personas con limitación que se encuentren laborando en talleres de trabajo protegido, no podrán ser remuneradas por debajo del 50% del salario mínimo legal vigente.

Esta vinculación no podrá ser por termino indefinido, salvo se demuestre la imposibilidad de la persona discapacitada en desempeñar otra labor fuera del taller de trabajo, puesto que estos talleres tienen como objetivo la formación, rehabilitación e integración social.

En todo caso, todos los discapacitados que se encuentren laborando en talleres de trabajo protegido deberán estar afiliados de una Aseguradora de Riesgos Profesionales.

- De igual manera en la etapa de práctica el discapacitado estará afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales por la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) que cubre la empresa sobre el salario devengado.

- Promocionar, gestionar, apoyar y fortalecer alternativas de ubicación laboral a nivel territorial de las personas con limitaciones, a través de las regionales del SENA, los Consejos Territoriales de Empleo, la ley Mypimes, ley 361 de 1997 y la

ley 909 de 2003 y en coordinación con la empresa privada, sindicatos y ONGs relacionadas.

- Establecer líneas de capacitación para las personas con limitaciones acordes a las alternativas ocupacionales, proporcionando las ayudas tecnológicas y de infraestructura necesarias, en coordinación con programas de gestión laboral en procesos de ubicación selectiva para personas con discapacidad y programas de fomento al trabajo individual o colectivo de esta población.

- Crear una red nacional permanente que propenda por la asistencia y desarrollo socio-laboral de la población con discapacidad y sus familias, en el marco de un programa estructurado de fomento al trabajo en las condiciones técnicas y administrativas que para tal fin se requiere.

- Reglamentar el montaje de talleres protegidos para personas con discapacidad severa, establecidos en la Ley 361 de 1997, con el fin de aminorar la carga socioeconómica para las familias de la cual es dependiente la persona.

- Proponer y promover proyectos de Ley que contribuyan a mejorar o diversificar estímulos tributarios o administrativos a los empresarios que contraten personas con discapacidad o miembros de su familia.

Consideramos que promoviendo estrategias claras y específicas como las descritas anteriormente y contribuyendo a incrementar las soluciones a los problemas laborales que encuentran los discapacitados mentales al momento de tratar de ingresar, conservar un empleo, podremos garantizar una mejor calidad de vida al individuo limitado y responder a los principios base de nuestro Estado Social de Derecho.

CONCLUSIONES

En Colombia se tiene que por cada 100 colombianos 6,3 personas tienen una limitación permanente y 10,7 personas tienen limitaciones en el aprendizaje, para relacionarse y autocuidarse, es decir, presentan una discapacidad mental o cognitiva. Si a esa cifra se agregan los familiares cercanos que conviven con ellos se podría afirmar que hay un gran número de personas que, de una forma u otra, viven a diario con discapacidad. En todas las regiones del país, las personas con discapacidad viven con frecuencia al margen de la sociedad, privadas de algunas de las experiencias fundamentales de la vida. Tienen escasas esperanzas de recibir una educación apropiada, obtener empleo, poseer su propio hogar, fundar una familia y criar a sus hijos, disfrutar de la vida social.

Dado que estas facultades son esenciales en la persona discapacitada, debido a su dignidad, es imposible por parte del Estado desconocerlas y no fomentar su desarrollo. La dignidad entendida como la “eminencia del ser, que por su alta participación en el ser, exige al ser, ordenar su ser en el mundo del deber ser”, exige que las personas discapacitadas gocen de los mismos derechos fundamentales que las personas sin discapacidad.

Entre estos derechos se resalta el trabajo, el cual en un sentido amplio es toda actividad humana que transforma la naturaleza a partir de cierta materia dada, así las cosas, el hombre al trabajar, no solo mejora su exterior, aquello que hace, sino que se mejora así mismo internamente, sencillamente porque actúa de acuerdo a su naturaleza, y cumple su principal misión, perfeccionarse por medio de su voluntad, guiado por su razón; resumiendo el fin del hombre es perfeccionarse, y uno de los medios para ello es trabajando.

Por estar llamado a la perfección, es que se argumenta que los discapacitados pueden desarrollar labores encomendadas en una empresa y tiene derecho a no ser discriminados por su limitación mental en un empleo.

Los discapacitados mentales como entes titulares de dignidad y el trabajo como elemento dignificante de la persona; en Colombia no puede limitarse a la capacidad jurídica de celebrar contratos; ni puede ser la facultad legal de celebrar un negocio jurídico la medida para determinar si alguien puede o no trabajar.

Así como la persona se alimenta, duerme y respira, debe también trabajar. Lo que ocurre es que en virtud del principio de igualdad no todo trabajo debe ser igual cuando las personas y sus capacidades son distintas.

El concepto de “personas con discapacidad mental” se aplica a todas aquellas personas con deficiencias mentales o intelectuales a corto o largo plazo que, al enfrentarse a diversas actitudes negativas u obstáculos, pueden ver dificultada su plena participación en la sociedad.

Puede suceder que a una persona con discapacidad mental se le considere como tal en una cierta sociedad o ambiente, pero no en otra. En la mayoría de las partes del mundo existen estereotipos y prejuicios arraigados y persistentes de carácter negativo contra las personas que poseen ciertas condiciones y diferencias. Estas actitudes determinan a quien se considera persona con discapacidad cognitiva y mental y perpetúan la imagen negativa que de ellas se tiene. Las palabras que se utilizan para referirse a las personas con discapacidad mental influyen en gran medida en la creación y persistencia de estereotipos negativos. Expresiones como “demente” o “retrasado mental” son claramente peyorativas. Es una realidad que, a lo largo de la historia, con frecuencia la sociedad no ha empleado los términos que las propias personas con discapacidad mental usan para definirse a sí

mismas, o las han obligado a definirse utilizando palabras con las que se sienten incómodas.

Precisamente teniendo presentes estas circunstancias, en Colombia se ha visto la necesidad de crear una política sobre la discapacidad que reafirme la dignidad de toda persona con discapacidad, y para proporcionar a los familiares de estas personas un instrumento jurídico eficaz para su protección. Como inicio a esa nueva concepción, es la Ley 1306 de 2009 que trata de conceptualizar los derechos y protección de las personas con discapacidad mental.

En el análisis a la ley 1306 de 2009 que se plantearon en este proyecto, se quiso hacer énfasis en el principio de no discriminación, el cual es una de la piedras angulares de la legislación colombiana, fundamentado en la Constitución Nacional de 1991 y figura en todos los tratados de derechos humanos.

Así mismo se plantearon las necesidades de los Discapacitados Mentales respecto a su Integración Laboral, buscando crear una herramienta legal para garantizar la rehabilitación e integración social de los discapacitados mentales a la sociedad, tanto en la legislación como la que existe en la práctica, por ejemplo cuando la discriminación ocurre en el lugar de trabajo. Con todo, no se debe propender por el proteccionismo desmesurado a los discapacitados, es necesario en la actualidad una norma que motive a los factores generadores de empleo y no que los coaccione y condicione.

Por esta situación, es necesario que las normas existentes y futuras creen “ajustes razonables” dentro del marco de desarrollo de la sociedad y el empleo, lo cual debe indicar modificaciones y ajustes pertinentes, que no impongan una carga desproporcionada o excesiva, de manera que las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, sin que se pretenda tener el mismo campo de

aplicación y exigibilidad que una persona sin discapacidad. Teniendo presente este principio, una persona con discapacidad puede acceder a la protección del Estado, y que a través de éste u otros agentes, incluido el sector privado, se tomen las medidas necesarias para adaptarse a su situación específica, mientras esas medidas no impongan una carga desproporcionada.

Para el caso en estudio, el empleo ofrece muchas oportunidades de participación social, desde la independencia económica hasta la formación de una familia y el sentimiento de que se contribuye a la economía nacional. Pero, en todas las sociedades, las personas con discapacidad no han sido plenamente integradas en el mercado de trabajo. La mayoría de ellas están desempleadas o han sido disuadidas de que busquen trabajo activamente. Entre las que trabajan, muchas están subempleadas, reciben salarios inferiores al mínimo y trabajan por debajo de su capacidad. Esta falta de participación económica influye en gran medida en la vida de las personas con discapacidad, ya que son entonces incapaces de ganar lo suficiente para mantener un nivel de vida adecuado y vivir de forma independiente en la comunidad.

Con frecuencia los empleadores se resisten a contratar a personas con discapacidad, o simplemente desechan sus solicitudes de empleo, en la creencia de que no serán capaces de ejecutar sus tareas o que resultaría costoso contratarlas. Esta actitud tiene su origen en el temor y los estereotipos y se concentra más en la discapacidad que en la capacidad de la persona. Por esto, la necesidad que en Colombia se dé tránsito a una norma que promueva un cambio de actitud hacia los discapacitados y su desempleo laboral y se establezca una serie de incentivos encaminados a ese fin.

Una nueva política y las nuevas leyes deben buscar amparar a las personas con discapacidad mental cualquiera que sea la etapa de empleo en que se encuentren, ya sea cuando buscan empleo o mantener y progresan en el mismo.

La facultad a ejercer los derechos laborales y sindicales como principios debe ser una preocupación de la ley. El Estado colombiano por su Constitución esta obligado a garantizar que las personas con discapacidad mental no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y estén protegidas en igualdad de condiciones con los demás contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Por todo lo anterior, es evidente la necesidad de crear con los entes estatales, sector privado y la sociedad obligaciones claras que protejan a los discapacitados mentales, no solo por su bienestar sino también por la integración de las familias y la misma comunidad.

De ahí la importancia que la Ley 1306 de 2009 junto con las consideraciones de este trabajo sea un aporte al conocimiento para entrar a aceptar el trabajo del discapacitado cognitivo y mental y asimismo regular sus particularidades.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTE DOCTRINAL

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libros I, VI y X, Valencia: Ed. Universidad de Valencia, 1994.

ARISTÓTELES, *La Política*. Madrid: Editorial Espasa Calpe. 1978.

ATWOOD, Tony. *El Síndrome de Asperger: Guía para la Familia*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A. 2002.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *Filosofía del Derecho*, México: Ed. Porrúa, 1995.

BURNS, Y., GUNN, P. *El síndrome de Down: estimulación y actividad motora*. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

CEPEDA CORRALES, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991, hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Imprenta Nacional. 1993.

CHARRY Rodolfo, *Relaciones jurídico-Laborales*, Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 2002.

EDGERTON, Robert. *Retraso mental*, Madrid: Ed. Morata, 1985.

FUKUYAMA, Francis. *El fin del hombre: Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Barcelona: Ediciones B, S.A., 2003.

FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA, *Estudio Nacional de Necesidades, Oferta y Demanda de Servicios de Rehabilitación*, Bogotá: Ed. Colombia.2004.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. México D.F.: Ed. Porrúa. 1980.

GARCÍA SIERRA, Pelayo. Diccionario Filosófico. Madrid: Biblioteca Filosofía en español, 2001.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Ideas Políticas en la Historia, Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia. 1998.

HERVADA, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HEWARD, William. Niños Excepcionales: Una Introducción a la Educación Especial. Madrid: Editorial Prentice Hall. 2000

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El Concepto Jurídico de la Persona. España: Ediciones Universidad de Navarra. 1989.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El respeto de la dignidad humana: Principio fundamental del ordenamiento penal. En: Díkaion, Revista de fundamentación jurídica, No. 3 (1994)

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Entre la persona y la dignidad. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos. En: Revista Pensamiento y Cultura No.1 (1998).

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Los Derechos Humanos: Expresión de la recuperación de la dignidad de la persona en una época de crisis. En: CONFERENCE ON MORAL CRISIS OF WESTERN DEMOCRACIES. (1995: Roma) Bogotá: Díkaion: Revista de actualidad jurídica, Nº. 5, 1996.

IGLESIA CATÓLICA. Papa Juan Pablo II. Laborem exercens: sobre el trabajo humano en el 90°. Aniversario de la Rerum Novarum, Bogotá: Ediciones Paulinas, 1982.

IGLESIA CATÓLICA. Papa León XIII. Encíclica Rerum Novarum, Bogotá: Ediciones Paulinas, 1979.

KELSEN, Hans. Teoría Pura de la Razón. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1983.

LIEN DE ROZENTAL, María Cecilia, El autismo, enfoque fonoaudiológico: el síndrome de autismo infantil con especial referencia a los problemas preceptuales de comunicación, habla y lenguaje. Buenos Aires: Ed. Medica Panamericana, 1983.

M. RUTTER, Autismo. Revaluación de los conceptos y el tratamiento. Madrid: Ed. Alhambra, 1997.

MARTÍN BORREGUERO, Pilar, El Síndrome De Asperger: ¿Excentricidad O Discapacidad Social?, Madrid: Alianza Editorial S.A., 2004.

MILLER, Jon F., Síndrome de Down: comunicación, lenguaje, habla, Barcelona: Ed. Masson, 2001.

OLANO GARCÍA, Hernán. Los Discapacitados en jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En: Persona y Bioética, Vol 5, No 13 (2001).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud. Madrid: CIF. IMERSO. 2001.

PANTANO, Liliana. La discapacidad como problema social, Madrid: Ed. Lugar, 1999.

POLO, Leonardo, Conocimiento y trabajo. En: II Reunión Internacional "La empresa y el trabajo en la sociedad del conocimiento. Pamplona. 1988.

SCHORN, Martha. La capacidad en la discapacidad. Madrid: Ed. Lugar. 2003.

SELLÉS, Juan Fernando, La persona Humana, Bogotá: Ed. Universidad de la Sabana. 1998.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, 10° Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1996.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, 10° Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1996.

FUENTE LEGAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007.

CÓDIGO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL TRABAJO: Anotada. Colombia: Legis Editores. 2007.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 181 del 18 de enero de 1995.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 361 del 18 de febrero de 1997.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 361 del 7 de febrero de 1997.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 71 de 19 de diciembre de 1988.

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Decreto 2177 del 21 de septiembre de 1989.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Objeciones Presidenciales P.L. 49/07C-288/08S del 27 de enero de 2009.

FUENTE JURISPRUDENCIAL

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997.
Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 174 del 24 de abril de 1995.
Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 422 del 19 de junio de 1992.
Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993.
Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 475 del 29 de julio de 1992.
Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992,
Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-209 del 13 de abril de 1999. Magistrado
Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-2359 del 21 de agosto de 1992.
Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de Voto, Sentencia C-239 del 20 de mayo
de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 810 del 3 de octubre de 2007.
Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993. Magistrado
Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-309 del 25 de junio de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-065 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-144 del 30 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 del 13 de abril de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-516 del 19 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

INTERNET

AUTISMO. Wikipedia: La enciclopedia libre. En: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Autismo&oldid=19392203>

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. En: http://www.iadb.org/sds/soc/site_6215_s.htm

CONSEJERIA PRESIDENCIAL DE PROGRAMAS ESPECIALES, Apoyo a la discapacidad. En: http://cppe.presidencia.gov.co/apoyo/legislación_discapacidad.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Política Pública Nacional De Discapacidad, En: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes%20Sociales/080.pdf>

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Censo General 2005. En: http://www.dane.gov.co/censo/files/discapacidad/discapacidad_mundo.pdf

Diccionario de la Real Academia de la Lengua española 22 ed. En:
<http://www.rae.es/>

LOZA MACÍAS, Manuel. La persona, su trabajo y el mundo. En:
<http://es.catholic.net/abogados catolicos/680/1219/artículo.php?id=15855>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) En:
<http://www.un.org/spanish/disabilities /default.asp?id=549>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). En:
<http://www.ilo.org/public/libdoc /ILO-Thesaurus /spanish/tr2454.htm>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), Clasificación Internacional De Deficiencias, Discapacidades Y Minusvalías (CIDDM), En:
<http://www.proyectojuvenalis.org/ docs/clasificacion.pdf>

POLO, Leonardo. Ética Socrática y Moral Cristiana. En:
<http://sumariosrevistas.blogspot .com/ 2008/01/anuario-filosfico-nmero-90-2007.html>

SECRETARÍA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Los Derechos y dignidad de las personas con discapacidad. En: <http://www.un.org/spanish /disabilities/ default.asp?id=495>.

Síndrome de Down: Guía de Manejo. En:
<http://www.sepeap.org/archivos/revisiones/ dismorfologia / sindromedown.htm>